

الجزء الحادي عشر

وهو (المجلد الثاني) من

تكملة المجموع

بنسب المذهب

(للامام العلامة الفقيه تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٦٥٧ هـ)

﴿ وليه ﴾

فتح العزيز

شرح الوميز

(وهو الشرح الكبير للامام الجليل أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الراعي المتوفى سنة ١٣٢ هـ)

﴿ وليه ﴾

التلخيص الكبير

في تخرج امارات الراعي الكبير

ر للامام الحافظ الحجة أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ)

طبع في طبعات هذه المجموعة على نفقة شركة من علماء الأزهر

(وبشرت تصحيحها لجنة من العلماء بمشاركة ادارة المطبعة : وحقوق الطبع محفوظة لها)

﴿ ومن تجاراً على طبعه يكون مؤاخذاً بالحقوق المدنية ومطالباً بالتعويض ﴾

(تنبيه) (جملنا المجموع في أعلى الصفحة وليه فتح العزيز وليه التلخيص مفصولاً بينهما بجدول)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب بيع العرايا

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرساً فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجيء منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمرأ ويسلمه قبل التفريق والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال « قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا تقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً » •

كتاب الوكالة • وفيه ثلاثة أبواب •

الحاجة داعية إلى تجويز الوكالة ظاهرة وثبتت عن رسول الله ﷺ ^(١) « أنه وكل السعاة لأخذ الصدقات » وروى أنه ﷺ ^(٢) « وكل عروة البارقي ليشتري له شاة للأضحية » ^(٣) « وعمرو بن أمية الضمري لقبول

كتاب الوكالة •

- (١) ﴿ حديث ﴾ أنه ﷺ وكل السعاة لأخذ الصدقات تقدم في الزكاة •
- (٢) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل عروة البارقي ليشتري له أضحية تقدم في أول البيع •
- (٣) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان قل البيهقي في المعرفة رويناه عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة وكذا حكاة في الخلافيات بلا إسناد وأخرجه في السنن من طريق ابن اسحق حدثني أبو جعفر قل بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة ثم ساق عنه أربع مائة دينار واشتهر في السير أنه صلى الله عليه وسلم بعث عمرو بن أمية إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي وناظر ما في أبي داود والنسائي أن

(الشرح) حديث زيد بن ثابت في العرايا ثابت في صحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولفظ البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا والفاظ آخر غير ذلك (وأما) ما ذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها إلا في كلام الشافعي رضي الله عنه فيها فيما ذكر محمود بن لبيد قال «سألت زيد بن ثابت عن عرايم هذه التي يحلون لها فقال فلان وأصحابه شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ذهب ولا ورق يشترون بها وعندهم فضل عن قوت سنتهم فارخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرايا بخرصها من التمر يا كلونها رطبا» وقال الشافعي أيضاً في كتاب البيوع من الأم قيل لمحمود بن لبيد أوقال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي ﷺ إنا زيد بن ثابت وإما غيره ما عرايا كم هذه قال فلان وفلان وسمى رجلاً محتاجين من الأنصار وذكر معني ما تقدم ونقله البيهقي في المعرفة عن الشافعي كذلك معلقاً لم يذكر له إسناداً يتصل به وأشار ابن حزم إلى تضعيفه بقوله إن الشافعي ذكر فيه حديثاً لا يدري أحد منشأه

نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان»^(١) «وأما رافع لقبول نكاح ميمونة» وعن جابر رضي الله عنه قال «أردت الخروج إلى خير فذكرته لرسول الله ﷺ فقال إذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»^(٢) وقد أدرج صاحب الكتاب رحمه الله تعالى مسائل الوكالة في ثلاثة أبواب (أحدها) في أركانها وبين فيه ما يعتبر في كل واحد منها لصحة العقد فيعرف بذلك

النجاشي عقد عليها عن النبي صلى الله عليه وسلم وولى النكاح خالد بن سعيد بن العاصي كما في المغازي وقيل عثمان بن عفان وهو وهم *

(١) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة : مالك في الموطأ والشافعي عنه عن ربيعة عن سليمان بن يسار مرسلاً أنه بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار فزوجه ميمونة بنت الحرث وهو بالمدينة قبل أن يخرج ووصاه أحمد والترمذي والنسائي وابن حبان عن سليمان عن أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالاً وبني بها حلالاً وكنت أنا الرسول بينهما وتعقبه ابن عبد البر بالانقطاع بأن سليمان لم يسمع من أبي رافع لكن وقع التصريح بسماعه منه في تاريخ ابن أبي خيثمة في حديث نزول الأبطح ورجح ابن القطان اتصاله ورجح أن مولد سليمان سنة سبع وعشرين و وفاة أبي رافع سنة ست وثلاثين فيكون سنة ثمان سنين أو أكثر (تنبيه) الرجل الأنصاري المبعث يحتمل تفسيره بأوس بن خولى فقد روى الواقدي وفيه ما فيه من طريق علي بن عبد الله بن عباس قال لما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم الخروج إلى مكة بعث أوس بن خولى وأبا رافع إلى العباس فزوجه ميمونة *

(٢) (حديث) جابر أردت الخروج إلى خير فذكرته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته : أبو داود من طريق

ولا مبدأ ولا طريقه وذكره أيضاً بغير إسناد فبطل أن يكون فيه حجة يبنى في اختصاصها بالفقراء وهذا سيأتي الكلام فيه والمقصود هنا أنها تجوز للفقراء وذلك لا نزاع فيه وقد ذكر الترمذى هذا المعنى من غير تعيين رواية قال لما ذكر حديث العرايا في جامعه ومعنى هذا عند بعض أهل العلم أن النبي ﷺ أراد التوسعة عليهم في هذا لأنهم شكوا إليه وقالوا لا نجد ما نشتري من التمر إلا بالتمر فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق أن يشتروها فيما كلوها رطباً لكن يحتمل أن يكون مراد الترمذى ببعض العلماء الشافعى وقال الماوردى ولم يسنده الشافعى لأنه نقله من السير وجعلت أولاد الصحابة الذين ولدوا على عهد رسول الله ﷺ وهو معدود أيضاً من الصحابة على الصحيح فهو صحابى ابن صحابى من كبار العلماء وقوله ما عرايا كم هذه لأن زيدا كان أكبر منه واعلم بسنن النبي ﷺ فأراد أن يبينها له وقد رأيت في الوافى في شرح المذهب كلاماً لولا تفرق النسخ لكنت أرائته غيرة قال سمعت قتيبا يقول ان محمود بن لبيد ساعدتني كان يهودياً فلذلك قال هذا الكلام وكان الواجب أن يعنى هذا من الكتاب لولا تفرق النسخ فلا حول ولا قوة إلا بالله نعوذ بالله أن نقول

صحيح الوكالة وفاسدها (والثاني) في أحكام الوكالة الصحيحة فهي فائدة العقد وثمرته (وثالثها) في الاختلاف لأنهما قد يختلفان في أصل العقد وفي كفيته وتعرض لسببه أحكام يحتاج إلى الوقوف عليها (أما) الأركان فلا يخفى أن التوكيل تفويض ولا شك أن التفويض يكون في شيء يصدر من شخص إلى شخص ويتحصل بشيء وهذه هي الأربعة التي ذكرناها لكن جعلها أركاناً للوكالة كجمل البائع والمشتري والمبيع أركاناً للبيع وفيه كلام قدمناه في البيع •

قال (الباب الأول في أركانها وهي أربعة) (الأول) ما فيه التوكيل وشروطه ثلاثة (الأول) أن يكون مملوكاً للموكل • فلو وكل بطلاق زوجة سينكحها • أو بيع عبد سيملكه فهو باطل •

الركن الأول ما فيه التوكيل وله شروط (أحدها) أن يكون ما يوكل فيه مملوكاً له فلو وكل غيره في طلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه أو اعتاق كل رقيق يملكه فوجهان (أحدهما) أن هذا التوكيل باطل لأنه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه فلا ينتظم منه إجابة غيره فيه (والثاني) صحيح ويمكن بحصول الملك عند التصرف فإنه المقصود من التوكيل ويجرى الوجهان فيما إذا وكله بقضاء كل دين سيلزمه وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها وما أشبه ذلك وبالوجه الثاني

وهب بن كيسان عنه بسند حسن ورواه الدارقطني لكن قال خذ منه ثلاثين وسقاً فوالله بالحمد ثمة غيرها وعلق البخارى طرفاً منه في أواخر كتاب الخمس *

مالا نعلم ولولا خشيت أن يطالعه بعض الضعفة فيعتقد صحته وينقله ما تعرضت له ولا نقلته لكن
 نهت عليه خوفاً من أن يغتر به فيوقع بسببه في نسبة هذا الرجل العظيم إلى مثل هذا فندسأل الله
 تعالى أن يعصمنا من الزلل بمنه وكرمه * والعرايا جمع عرية وهي تفرد صاحبها للأكل ووزن العرية
 فعيلة واختلاف في اشتقاقها على قولين قيل بمعنى فاعله وهو قول الأزهري وابن فارس ويكون من
 عرى يعرى كأنها عريت من جملة النخيل فعريت أي خلت وخرجت كما يقال عرى الرجل إذا تجرد
 من ثيابه وعلى هذا تكون لام الكلمة ياء كهدية وجمعه فعائل كصحيفة وصحائف كذلك عرية
 وعراي - بهمزة بعد المدة مكسورة وبعدها ياء - ثم فتحت هذه الهمزة العارضة في الجمع فصار عراي
 تحركت الياء وانفتح ما قبلها فلبت ألفاً فصار عراي ثم إنهم كرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة مفتوحة
 لأن الهمزة كأنها ألف فكانه اجتمع ثلاث ألفات فابدلوا من الهمزة ياء فصار عرايا فليس وزنها فعالي لأن
 هذه الياء ليست أصلية وإنما وزنه فعائل وهذا الإبدال والعمل واجب وكل هذه القواعد محكمة
 في علم التصريف ومثل هدية وهدايا وقد قالوا في جمعه أيضاً هداوا فأكثر النحويين
 جعلوا ذلك شاذاً والاختلاف قاس عليه وردوا عليه بأنه لم ينقل منه إلا هذه اللفظة أعني هداوا فلم
 يأت مثل عداوى وشبهه وإنما كتب بالياء كخنية وحنايا ومنايا قال شيخنا الاستاذ أبو حيان
 محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي فسح الله في مدته لو ذهب ذاهب إلى أن وزن هذا الجمع كله
 فعالي لكان مذهباً حسناً بعيداً من التكلف وإنما دعا النحويين إلى ذلك التقديرات حملهم جمع
 المعتل على الصحيح فاجروا ذلك مجرى صحفة وقد تكون أحكام للمعتل لا للصحيح وأحكام للصحيح
 لا للمعتل ويقال هو عرو من هذا الأمر أي خلوصه ويقال لساحل البحر العراء لأنه خلوص من النبات

أجاب القفال في الفتاوى وهو الذي أورده في التهذيب (والأول) أصبح عند أصحابنا العراقيين والامام
 ولم ينقل صاحب الكتاب غيره ويجوز أن يقال الخلاف عائد إلى الاعتبار بحال التوكيل أو بحال
 إنشاء التعريف وله نظائر *

قال (الثنائي أن يكون قابلاً للنيابة كأشياء البيع * وكالحوالة * والضمان * والكفالة *
 والشركة * والوكالة * والمضاربة * والجمالة * والمساقاة * والنكاح * والطلاق * والخلع * والصلح *
 وسائر العقود * والفسوخ * ولا يجوز التوكيل في العبادات إلا في الحج وأداء الزكوات * ولا
 يجوز في المعامى كالسرقة والغصب والقتل بل أحكامها تلزم متعاطيها * ويلتحق بفن العبادات
 الأيمان والشهادات فأنها تتعلق بألفاظ وخصائص * واللعان والايلاء من الأيمان * وكذا الظهار على
 رأي * ويجوز التوكيل بقبض الحقوق * وفي التوكيل بأثبت اليد على المباحات كالاصطياد

قال الله تعالى (فنبذناه بالعراء وهو سقيم) وقيل بمعنى مفعوله من عراه يعروه إذا أناه وتردد إليه لأن صاحبها يتردد إليها ويقال أعريته النخلة أي أطعمته ثمرتها بعروها قال الخطابي كما يقال طاب إلى فاطمته وهذا قول أبي عبيد الهروي وجوز أيضاً أن يكون بمعنى فاعله كما تقدم فعلى القول الثاني تكون لامها واواً أصلها عريوة اجتمعت الواو والياء وسبقت أحدهما بالسكون قلبت الواو ياء ثم ادغمت أحدهما في الأخرى ثم فعل بجمعه كما فعل به من غير فرق إلا أنه على هذا القول يكون كمطية لا كهدية وهذا الوزن متى كانت لامه واواً اعتلت في المفرد كان حكمه حكم ملامه ياء بخلاف الذي لامه واو صحت في المفرد فله حكم آخر والله أعلم * وأما المراد بها هنا فعندنا هو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض والعرايا نوع من المزابنة رخص فيه قال أهل اللغة الأزهرى والهروى وغيرهما إن النبي ﷺ نهى عن المزابنة وهي بيع التمر في رؤس النخل بالتمر رخص من جملة المزابنة فيما دون خمسة أوسق وهو أن يجيء الرجل إلى صاحب الحائط فيقول له بعني من حائطك ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر فيدعيه إياها ويقبض الثمن ويسلم إليه النخلات يأكلها ويتمرها قال الشافعي رضي الله عنه في الأم في كتاب البيوع في باب بيع العرايا بعد ما ذكر أحكام العرايا بالتفسير المشهور والعرايا ثلاثة أصناف هذا الذي وصفنا أحدها وجماع العرايا كلما أفرد لياً كله خاصة ولم يكن في جملة البيع من ثمر الحائط إذا بيعت جملة من واحد * والصنف الثاني أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر هدية يأكلها وهذه في معنى المنحة من الغنم يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين وأكثر ليشرب لبنها وينتفع به والمعري أن يبيع ثمرها ويتمرها ويصنع فيه ما يصنع في ماله لانه قد ملكه * والصنف الثالث أن يعري الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديه ويتمرها ويفعل فيه ما أحب ويبيع ما بقي من ثمر حائطه فتكون هذه

والاستقاء خلاف * وفي التوكيل بالاقرار خلاف لتردده بين الشهادة والالتزامات * ثم إن لم يصح ففي جعله مقراً بنفس التوكيل خلاف * وكذلك يجوز التوكيل بالخصومة برضا الخصم وغير رضاه (ح) * وباستيفاء العقوبات في حضور المستحق * وفي غيبته طريقان * أحدهما المنع * والآخر قولان * وقيل بالجواز أيضاً *

يشترط في الموكل فيه أن يكون قابلاً للنيابة فإن التوكيل تفويض ونيابة والذي يفرض فيه التوكيل أنواع (منها) العبادات والأصل فيها امتناع النيابة لأن الأتيان بها مقصود من الشخص عينه ابتلاء واختباراً واستثني الحج للأخبار ومن جنس الصلاة ركعتي الطواف على كلام فيها يأتي في الوصايا وتفریق الزكاة والكفارات والصدقات إلخ لها بسائر الحقوق المالية وذبح الضحايا

مفردة من المبيع منه جملة وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع لاهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلون ولا يخرج له لتؤخذ زكاته وقيل قياسا على ذلك أن يدع ما أعرى الساكنين منها فلا يخرج منه وهذا بتعبيره في كتاب الخرص انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى وهذا الذي ذكره الشافعي من كونه يترك المالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله نقله الأصحاب في كتاب الزكاة قولاً قديماً ونقله النووي هناك عن نصه في البويطي في البيوع والقديم قال أبو عبيد القاسم بن سلام العريّة النخلة يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً والأعراء أن يجعل له ثمرة عامها فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمرة تلك النخلة من العري بتعريض حاجته قال وقال بعضهم بل هو الرجل يكون له النخلة في وسط نخل كثير لرجل آخر فيدخل رب النخلة إلى نخلته ور بما كان مع صاحب النخل الكثير أهله في النخل فيؤذيه بدخوله فرخص لصاحب النخل الكثير أن يشتري ثمرة تلك النخلة من صاحبها قبل أن يحذه

والهدايا فأتى النبي ﷺ أناب^(١) فيه وفي صوم الولي عن الميت خلاف سبق في موضعه والحق بالعبادات الأيمان والشهادات قال في الوسيط لأن الحكم في الأيمان يتعلق بتعظيم اسم الله تعالى فامتنعت النيابة فيها كالعبادات وفي الشهادات علقنا الحكم بخصوص لفظ الشهادة حتي لم يعم غيرها مقامها فكيف يحتمل السكوت عنها بالتوكيل ومن جملة الأيمان الإيلاء واللعان والقسامة فلا يجوز التوكيل في شيء منها وفي الظهار وجهان بناء على أن المذهب فيه معنى اليمين أو الطلاق والظاهر عند المعظم منع التوكيل فيه وذكر في التتمة أن الظاهر الجواز وأن المنع مذهب المزني وفي معنى الأيمان النذور وتعليق الطلاق والعتق والتدبير وفي التتمة أن الحكم في التدبير يبنى على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة فإن قلنا بالثاني منعه (ومنها) المعاملات فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه من السلم والصرف والتولية وغيرها وفي الرهن والحبة والصلح والأبراء والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والمضاربة والاجارة والجماعة والمساقاة والإيداع والاعارة والأخذ بالشفعة والوقف والوصية وقبولها وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يجوز التوكيل في الوصية لأنها قريبة ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع وفي تنجيز الطلاق والعتاق والكتابة ونحوها وفي الرجعة وجهان (أصحهما) الجواز كابتداء النكاح فإن كل واحد منهما استباحة فرج محرم (والثاني) المنع كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة ووكل بالاختيار وكذا لو طلق إحدى امرأته وأعتق أحد عبديه

(١) حديث ﴿ أنه صلى الله عليه وسلم استتاب في ذبح الهدايا والضحايا : متفق عليه من حديث علي أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه الحديث وفي حديث جابر الطويل في مسلم وأمر علياً أن يذبح الباقي *

بتمر ثلاثين أذى به قال أبو عبيد والتفسير الأول أجود لأن هذا ليس فيه اعراء وإنما نخله يملكها
فكيف تسمى عرية ومما يعين ذلك قول شاعر الأنصار يصف النخل

ليست بسنهاء ولا دجية * ولكن عرايا في السنين الجوامح

يقول أنا نغيرها الناس والسنهاء الخفيفة الحمل والدجية الثقيلة الحمل التي قد انحنت من ثقل
حملها قاله ابن الصباغ وروى أبو عبيد عن مكحول قال كان النبي ﷺ إذا بعث الخراص
قال خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية (قلت) وقد ورد في حديث زيد بن ثابت في معجم
الطبراني بسند صحيح رخص رسول الله ﷺ في العرايا النخلة والنخلتين توهبان للرجل
فبيعهما بنحو صها تماً لكن ليس في ذلك تخصيص ان الذي يبتاعها هو الواهب ولا أن ذلك لدفع حاجته
فهذا أولى ما يعتمد في تفسيرها وهو مخالف للقولين الذين قالهما أبو عبيد * قال الماوردي العرايا ثلاثة
(مواساة) وهي ما يعطى للمساكين وذلك سنة (ومحابة) وهي ما يتركها الخراص لمن يحرص نخله

وكل بالتعيين وكما يجوز التوكيل في العقود يجوز في الاقالة وسائر الفسوخ نعم ما هو على الفور
فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيراً وفي التوكيل في خيار الرؤية خلاف سبق في موضعه ويجوز
التوكيل في قبض الاموال مضمونة كانت أو غير مضمونة وفي قبض الديون واقباضها ومنها الجزية
فيجوز التوكيل في قبضها واقباضها نعم يمتنع توكيل الذمي المسلم فيه على رأى مذكور في كتاب الجزية
(ومنها) المعاصي كالقتل والقذف والسرقه والغصب فلا مدخل للتوكيل فيها بل أحكامها تثبت في حق
مرتكبها لان كل شخص بعينه مقصود بالامتناع عنها فان فعل أجرى حكمها عليه * ثم في الفصل
وراء هذه الصور المبتورة مسائل (أحداها) في التوكيل في تملك المباحات كاحياء الموات والاحتطاب
والاصطياد والاستقاء وجهان (أصحهما) الجواز حتى يحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل لانه أحد
أسباب الملك فاشبه الشراء (والثاني) المنع كالاغتنام لان الملك فيها يحصل بالحيازة وقد حدث من التوكيل
فيكون الملك له ولو استأجره ليحتطب له أو يستقي في التهذيب أنه على الوجهين وبالمنع أجاب القاضي
ابن كج ورأى الامام جواز الاستئجار مجزوماً به فقاس عليه وجه تجويز التوكيل (الثانية) في التوكيل
بالاقرار وجهان وصورته أن يقول وكلتك لتقر عني لفلان (أظهرهما) عند الاكثرين ويحكي عن
ابن سريج واختيار للفقهاء أنه لا يصح لانه اخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة وإنما يليق التوكيل
بالانشاءات (والثاني) يصح لانه قول يلزم به الحق فاشبه الشراء وسائر التصرفات وبهذا قول أبو حنيفة
رحمه الله تعالى فعلى الاول هل يجعل بنفس التوكيل مقراً فيه وجهان (أحدهما) نعم وبه قال ابن
القاص تخريجاً واختاره الامام رحمه الله تعالى لأن توكيله دليل ثبوت الحق عليه (وأظهرهما) عند

ليأكلها علماً أنه سيصدق منها بأكثر من عشرها فذاك جزاء لقوله صلى الله عليه وسلم « وإذا خرصتم فدعوا لهم الثالث فدعوا الرابع » (والمراد) اختلاف الفقهاء فيها فقل الشافعي رضي الله عنه بيع الرطب خرصاً على النخل بكياله تقرأ على الأرض في خمسة أوسق فأقل مع تعجيل القبض وذكر مذهب مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما وسند كرها إن شاء الله تعالى * والرخصة أثبات الحكم على خلاف الدليل وقد ذكرنا في حدها عبارات مختلفة أحسنها الإطلاق مع قيام مقتضى المنع لغرض التوسيع فقولنا الإطلاق نريد به إباحة الأقدام التي تشمل الواجب والمندوب والمباح وقولنا مع قيام المقتضى للمنع احتراز من قتل قاطع الطريق وشبهه فانه قد يقال إنه شرع مع الإسلام المقتضى للمنع مما ليس كذلك فلا يسمى رخصة وزاد بعضهم في حال حرقة احتراز من القصاص فانه قاعدة كلية لكن يرد عليه السلم والاجارة وما أشبههما * ثم الرخصة قد يكون سببها الضرورة

صاحب التهذيب أنه لا يجعل مقراً كما أن التوكيل بالبراء لا يجعل إبراء وإذا قلنا بالوجه الثاني فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقر به وقدره فلو قال قر عني بشيء لفلان فأقر أخذ الموكل بتفسيره ولو اقتصر على قوله أقر عني لفلان فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (أحدهما) أنه كما لو قال أقر عني بشيء (وأصحها) أنه لا يلزمه شيء بخال لجواز أن يريد الإقرار بعلمه أو سماعه لا بالمال (الثالثة) يجوز لكل واحد من المدعي والمدعي عليه التوكيل بالخصومة رضي صاحبه أو لم يرض وليس لصاحبه الامتناع من خصومة الوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا الامتناع إلا أن يريد الموكل سفراً أو يكون مريضاً أو مخموراً وقال مالك رحمه الله تعالى له ذلك إلا أن يكون سفيهاً خبيث اللسان فيعذر الموكل في التوكيل * لنا أنه توكيل في خالص حقه فيمكن منه كالتوكيل باستيفاء الدين من غير رضا من عليه ولا فرق في التوكيل في الخصومة بين أن يكون التوكيل المطلوب مالا أو عقوبة لادعى كالقصاص وحد القذف فأما حدود الله تعالى فلا يجوز التوكيل في إثباتها لأنها مبنية على الدرع (الرابعة) يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للأمام والسيد في حد مملوكه وقد قال **عليه السلام** في قصة ماعز « اذهبوا به فارجموه » ^(١) وقال راعدياً ليس على امرأة هذا أن اعترفت فارجمها ^(٢) وأما عقوبات الأدميين فكذلك يجوز استيفائها بالوكالة في حضور المستحق وفي غيبته ثلاث طرق (أشهرها)

(١) (حديث) أنه قال في قصة ماعز اذهبوا به فارجموه متفق عليه من حديث أبي هريرة قال أتني رجل من أسلم فقال يا رسول الله إني رأيت الحديث وفي آخره فقال اذهبوا به فارجموه وصرح في الترمذي وغيره أنه ماعز بن مالك وسياقي في الصحاح :

(٢) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم قال وراعدياً ليس على امرأة هذا أن اعترفت فارجمها متفق عليه من حديث أبي هريرة وزيد بن حنبل وسياقي في الحدود بتمامه :

كأكل المضطر الميتة وقد يكون سببها الحاجة كالعرايا فلما كان الدليل قائماً على تحريم بيع الرطب بالتمر ووردت العرايا على خلافه سمي ذلك رخصة والحرص بكسر الخاء نص عليه ابن فارس والمراد منه الخروص وأما الحرص بالفتح فهو المصدر وهو الحذر يقال حرص العبد يخرصه ويخرصه بضم الراء وكسرها في المضارع حرصاً وخرصاً بالفتح والكسر حذره قاله ابن سيده ثم قال وقيل الحرص المصدر والحرص الاسم والحرص الحذر (وأما) حكم المسألة فذلك مما لا خلاف فيه في المذهب وهو مذهب أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأحمد وإسحق وأبو عبيد وداود ومن تبعهم من أهل العلم كلهم ذهبوا إلى أن ذلك جائز وجعلوه مستثنى من جهة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر كذلك قال ابن المنذر وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه ولما لاك رحمه الله تعالى في ذلك بعض مخالفة سأذكرها إن شاء الله تعالى قال الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب اختلاف الحديث وهو في الجزء السادس عشر من الأم مخالفاً

على قولين (أحدهما) المنع وهو ظاهر نصه ههنا لانا لا نتيقن بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو وأيضاً فإنه ربما يرق قلبه عند الحضور فيعفو فليشترط الحضور (وأصحها) الجواز لأنه حق يستوفى بالنيابة في الحضور فكذلك في الغيبة كسائر الحقوق واحتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا كانت بالبينة فإنه لا يمتنع الاستفتاء في غيبته (والثاني) وبه قال أبو إسحق القطع بالجواز وحمل ما ذكره ههنا على الاحتياط (الثالث) القطع بالمنع لعظم خطر الدم والمنع قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وذكر الروياني أنه الذي يفتى به وإذا عرفت ما ذكرنا لم يخف عليك أن قوله في الكتاب وسائر العقود والفسوخ وإن كان يشعر بالجزم وصحة التوكيل فيها لكن في العقود ما هو مختلف فيه كالرجعة والوصية وفي الفسوخ أيضاً طرد الفسخ وخيار الرؤية فيجوز إعلانه - بالواو - لذلك وقوله في آخر الفصل وقيل بالجواز أيضاً طريقة نالته أوردها بعد الظريقتين وثالثها محفوظة عن الشيخ أبي حامد ومن تقدم.

قال في الشرط الثالث أن يكون ما به التوكيل معلوماً نوع علم لا يعظم فيه الغرر * ولو قال وكلتك بكل قليل وكثير لم يحز * ولو قال وكلتك بما إلى من تطليق زوجاني وعتق عبيدي * وبيع أملاكى جاز * ولو قال وكلتك بما إلى من كل قليل وكثير ففيه تردد * ولو قال اشتري عبداً لم يحز (و) * ولو قال عبداً تركياً بمائة كفى * ولا يشترط أوصاف السلم * ولو ترك ذكر مبلغ الثمن أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف * والتوكيل بالأبراء يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرر عنه لا علم الموكل * ولا علم من عليه الحق * ولو قال بع بما باع به فلان فرسه فالعلم بمبلغ ما

معاً في العرايا فقالوا لا نجيز بيعها وقالوا نرد اجازة بيعها ينهى النبي ﷺ عن المزانية ونهيه عن الرطب بالتمر وهي داخلة في المعنيين قل الشافعي رحمه الله تعالى قليل لبض من قال هذا منهم فان أجاز انسان بيع المزانية بالعرايا لان النبي ﷺ قد أجاز بيع العرايا قل ليس ذلك له قلنا هل الحجة عليه الا لم يملك في أن يطاع رسـ. ول الله صلى الله عليه وسـ. لم يفعل ما أحل ويحرم ما حرم وبحث الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك الى أن قل قل فكيف نقول قامت أحل ما أحل من بيع العرايا وأحرم ما حرم من بيع المزانية ربيع الرطب بالتمر من العرايا وانعم ان لم يرد بما حرم ما أحل ولا بما أحل ما حرم فاطمعه في الأمرين وما علمك الاطاعات نص قوله في العرايا وعامة من روى النهي عن المزانية روى أن النبي ﷺ أرخص في العرايا فلم يكن للتوهم ههنا موضع فنقول الحديثان مختلفان انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى * وقال في الاملاء فلا موضع للتوهم في أن يكون أحد الأمرين قبل الآخر فيقال أحدهما ناسخ يعني لان رواة أحدهما هم رواة الآخر * وقال في كتاب البيوع من الام

باغ به فلان فرسه يشترط في حق الوكيل لا في حق الموكل * ولو قال وكلتك بمخاصمة خصمائي فالأظهر جوازه وان لم يعين *

لا يشترط في الموكل فيه أن يكون معلوماً من كل وجه فأن الوكالة انما جوزناها لعموم الحاجة وذلك يقتضي السامحة فيها ولذلك احتمل تعليقها بالاغرار على رأى ولم يشترط القبول فيها بالقول ولا على الفور ولكن يجب أن يكون معلوماً مبيناً من بعض الوجوه حتى لا يعظم ولا فرق في ذلك بين أن تكون الوكالة عامة أو خاصة (أما) الوكالة العامة فبين ما نقله الامام وصاحب الكتاب فيها تصويراً وحكاو بين ما نقله سائر الاصحاب بعض التفاوت ونذكر الطريقتين * قال الامام وصاحب الكتاب لو قال وكلتك بكل قليل وكثير ولم يصف الى نفسه فالتوكيل باطل لانه لفظ مبهم بالغ في الابهام ولو ذكر الامور المتعلقة به الذي تجرى فيها النيابة وفصلها فقال وكلتك ببيع أملاكى وتطليق زوجاتى واعتاق عبيدى صح التوكيل فلو قل وكلتك بكل أمر هو لى مما يناب فيه ولم يفصل أجناس التصرفات فوجهان (أحدهما) يبطل كما لو قال وكلتك بكل قليل وكثير (والثانى) يصح لانه أضاف التصرفات الى نفسه فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ يعمها وبين أن يفصلها جنساً وجنساً والأول أظهر (وأما) سائر الاصحاب فانهم قالوا لو قال وكلتك بكل قليل وكثير أو فى كل أمورى أو فى جميع حقوقى أو بكل قليل وكثير من أمورى أو فوضت اليك جميع الأشياء أو أنت وكىلى فتصرف فى مالى كيف شئت لم تصح الوكالة ولو قال وكلتك ببيع أموالى واستيفاء ديونى أو استرداد ودائعى أو اعتاق عبيدى صحمت الوكالة ووجه التفاوت بين الطريقتين أنهما عللا المنع بأرسال لفظ القليل والكثير

ماخصه إن العرايا داخلية في بيع الرطب بالتمر والمزابنة وذلك منهى عنه وخارجة منه منفردة بخلاف
 غيره إما بأن لم يقصد بالنهي قصدها وإما بأن أرخص فيها من جملة ما نهى عنه وكان الشافعي رحمه الله تعالى
 أشار بهذا التأويل في كلامه إلى النهي عن بيع الرطب بالتمر وعن المزابنة هل هو عام مخصوص أو
 عام أريد به المخصوص والله أعلم * والفرق بينهما أن الذي أريد به المخصوص يكون المراد فيه
 متقدماً على اللفظ ويكون ما ليس بمراد متأخراً والعام المخصوص يكون متأخراً عن اللفظ أو مقارناً ويكون
 المراد باللفظ أكثر مما ليس بمراد ذكر ذلك المأوردى وأطاق على العام المخصوص أنه أريد به
 العموم ولا يرد عليه أنه متى أريد عمومهم كان الإخراج بعد ذلك نسخاً لأن المراد إرادة العموم
 باللفظ ثم الإخراج منه كما يقول له على عشرة إلا ثلاثة فإن العشرة مراده وليس هو كقولك سبعة
 على المشهور والله أعلم * وأشار الجوزي إلى أن قول الشافعي لم يقصد بالنهي قصدها أنها ليست
 داخلية في المزابنة يعني ويكون الاستثناء منقطعاً وهو خلاف ما قاله الشافعي فإنه صرح مع ذلك أنها

وترك إضافتهما حتى ذكروا وجهين فيما إذا أضافهما والآخرون سوا بين ما إذا أرسل وبين ما إذا
 أضاف ولم ينقلوا الخلاف في واحد من القسمين وعالموا بأن في تجويز هذه الوكالة غرراً وضرراً عظيماً
 لا حاجة إلى احتماله وهذه الطريقة أصح نقلاً ومعنى (أما) النقل فلأن الشافعي رضي الله عنه قال في
 اختلاف العراقيين وإذا شهد الرجل لرجل أنه وكله بكل قليل وكثير له فالوكالة غير جائزة نص على
 المنع مع وجود الإضافة (وأما) المعنى فلأن الإنسان إنما يوكل فيما يتعلق به سواء نص على الإضافة إلى نفسه
 أو لم ينص ولهذا قل لو وكل بشراء هذا لم يحتج إلى أن يقول لي (وأما) الوكالة الخاصة ففيها صور (منها)
 أن يوكل ببيع أمواله أو قضاء ديونه أو استيفائها وقد نقلنا صحته عن الطريقتين وهل يشترط أن
 تكون أمواله معلومة قال في التهذيب لو قال وكلتك ببيع جميع مالي وكان معلوماً أو قبض جميع
 ديوني وهو معلوم لجاز فهذا التفسير يشعر بالاشتراط لكن الأشبه خلافه فإن معظم الكتب لا تعرض
 لهذا الاشتراط وفي فتاوى القفال لو قال وكلتك باستيفاء ديوني التي على الناس جاز مجمل وإن كان
 لا يعرف من عليه الدين أنه واحد أو أشخاص كثيرة وأي جنس ذلك الدين وإنما لا يجوز إذا لم يبين
 ما يوكل فيه كأن يقول وكلتك في كل قليل وكثير وما أشبهه هذا لفظه وفي الزم لأبي الحسين
 العبادي أنه لو قال بع جميع أموالى صح لأنه أعلم بالجملة ولو قال بع طائفة من مالي أو بعضه أو سهماً
 منه لم يصح لجهالته بالجملة فكان الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً أو بحيث تسهل معرفته
 ولو قال بع ماشئت من مالي أو قبض ماشئت من ديوني جاز ذكره صاحب المذهب والتهذيب وفي
 الحلية ما ينزع فيه فإنه قال لو قال بع من رأيت من عبيدي لا يجوز حتى يميز (ومنها) التوكيل

داخلة وقال في باب آخر من الأم أيضاً أنها يعني المزابنة جملة عامة المخرج أريد به الخصوص ويحتمل أن يكون التردد المذكور في كلام الشافعي في أن الرخصة هل وردت مع النهي عن المزابنة على سبيل الاستثناء ووردت وحدها بغير ذلك كما سندكر في ذلك احتمالين للأصحاب وعلى ذلك حملة ابن الرفعة وعلى ذلك يدل كلامه في الرسالة فإنه قال إن أولى الوجهين عنده أن يكون أراد به ما سوى العرايا وأنه يحتمل أن يكون رخص فيما بعد دخولها في جملة النهي وإن كان مراد الشافعي ذلك فلعله لم يبلغه حديث زيد الثابت في مسلم أن الرخصة كانت بعد ذلك وقد قال الشافعي إن أولى الوجهين عنده أن يكون مانه عن جملة أراد به ما سوى العرايا وحديث زيد يقتضي أن يكون الثاني هو الأول بل المتعين وعلى ما حملته عليه لا يدفعه حديث زيد لأنه تكون الرخصة بعد ذلك

بالشراء فلا يكفي أن يقول اشترى شيئاً أو حيواناً أو رقيقاً بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمهويين النوع من التركي والهندي وغيرها والمعنى فيه أن الحاجة لا تكاد تمس إلى عبد مطلق على أي نوع ووصف كان وفي الإبهام غرر ظاهر فلا يحتمل وفي النهاية أن صاحب التقريب حكى وجهاً أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلق وهذا الوجه بعيد ههنا وإذا طرد في شراء شيء كان أبعد لأنه أبعد في التوكيل بشراء شيء وهل يشترط مع التعرض للنوع ذكر الثمن فيه وجهان (أصحهما) لا وبه قل أبو حنيفة وابن سريج لأن تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نفيساً كان أو خسيساً ليس ببعيد (والثاني) أنه لا بد من تقدير الثمن أو بيان غايته بأن يقول بمائة أو من مائة إلى ألف لكثرة التفاوت فيه ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي تضبط في السلم ولا ما يقرب منها بالاتفاق نعم إذا اختلفت الأصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلافاً ظاهراً فعن الشيخ أبي محمد أنه لا بد من التعرض له إذا فرعنا على المذهب في اعتبار التعرض للتركي والهندي (وقوله) في الكتاب أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف أراد به ما هو المفهوم من ظاهره وهو أن يقول اشترى عبداً بمائة ولا يتعرض لقوله تركياً وهندياً وإثبات الخلاف في هذه الصورة بعد الحكم بأنه لا بد من ذكر التركي والهندي مما لا يتعرض له الأئمة ولأنه ذكر في وسيط صاحب الكتاب فالوجه تأويله على اصطلاح استعماله الإمام وذلك أنه سمي التركي والرومي والهندي أجناساً للرقيق في هذا المقام واتباعاً للعرف وسمى الأصناف الداخلة تحت التركي مثلاً أنواعاً له فيجوز أن يريد صاحب الكتاب ههنا بالنوع ذلك وهو مما شرط التعرض له على ما روينا عن الشيخ أبي محمد وينتظم إثبات الخلاف فيه وحينئذ يكون المعنى أو ذكر الثمن مع كون العبد تركياً أو لم يذكر صفته ولو قال اشترى عبداً كما تشاء فظاهر

مبينة للعام المتقدم وقد أعاد الشافعي الكلام في ذلك في اختلاف الحديث وهو في الجزء السادس عشر من الأم في باب بيع الرطب من الطعام باليابس وجزم القول بأن المزابنة من العام الذي يراد به الخاص والعرايا لم تدخل في نهية يعني لم تدخل في الإرادة وجزم هناك بأنه لا يجوز إلا أقل من خمسة أسواق وأن الزائد منعه من مفهوم الحديث والتوقيت فيه قال ولو قال قائل هو داخل في المزابنة لكان مذهبا يصح عندنا واعتلت الحنفية بأمور (منها) حمل العربية على الهبة كما هو التفسير الثاني الذي يدل عليه شعر الشاعر أنصار قالوا فكانه رخص إن وهب ثم نخلة لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك ثمراً ويرجع فيها وسماء بيعا لأن ما دفع إليه من التمر كالعوض عما وهب به فتحمل

رأى الشيخ أبي محمد تجويزه لأنه صرح بالتفويض التام بخلاف ما إذا اقتصر على قوله اشترى عبداً فإنه لم يأت ببيان معتاد ولا تفويض تام ولم يكتفى إلا كثرون بذلك وفرقوا بينه وبين أن يقول في القراض اشترى من شئت من العبيد لأن المقصود هناك الربح بنظر العامل وتصرفه فيليق به التفويض إليه وفي التوكيل بشراء الدار يجب التعرض للمحالة والسكك وفي الخائض للسوق وعلي هذا القياس (ومنها) لو وكله بالبراء قال القاضي الحسين إذا عرّف الموكل مبلغ الدين كفى ذلك ولم يجب اعلام الوكيل قدر الدين وجنسه وهذا هو الذي أورده في الكتاب وقال في المذهب والتهذيب لا بد من أن يبين للوكيل قدر الدين وجنسه والأشبه الأول ويخالف ما إذا قال بع عبدى بما باع به فلان فرسه حيث يشترط لصحة البيع علم الوكيل لأن العهدة تتعاق به فلا بد وأن يكون على بصيرة من الأمر ولا عهدة في البراء ولو كان الموكل جاهلاً بقدر ما باع به فلان فرسه لم يضر (وأما) قوله في صورة البراء ولا علم من عليه الحق فاعلم أن فيه خلافاً مبنيًا على الأصل الذي مر في كتاب الضمان وهو أن البراء محض إسقاط أو تملك فان قلنا إسقاط صح مع جهل من عليه الحق بمبلغ الحق وان قلنا تملك فلا بد من علمه كما أنه لا بد من علم المذهب بما وهب فإذا قوله ولا علم من عليه الحق ينبغي أن يعلم - بالواو - وكذلك قوله علم الوكيل بما قدمناه وقوله يستدعى علم الوكيل يجوز اعلامه - بالواو - أيضاً لانا إذا صححنا البراء عن الجهول لا نعتبر علم الموكل أيضاً ثم ينتظر في صيغة البراء فان قال أبرى فلاناً عن ديني أو أبرئه عن الكل وان قال عن شئ منه أو أبرئه عن قليل منه وان قال عما شئت أبراه عما شاء وأبقى شيئاً (ومنها) إذا وكله بالخصومة فيذكر ما يدخل فيه وما لا يدخل والغرض الآن أنه لو أطلق وقال وكلتك بمخاصمة خصمى هل يصح التوكيل فيه وجهان (أصحهما) نعم ويصير وكيلاً في جميع الخصومات (والثاني) لا بل يجب تعيين من يخاصم معه لاختلاف الغرض به وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذي مر فيما إذا وكل ببيع أمواله وهي غير معلومة *

العريّة على الحقيقة والبيع على المجاز واختلفوا على هذا في الرخصة فقليل أنها عائدة إلى المعري لأنه وعد
فاخلف قال الدينيني^(١) الحنفى يعزى ذلك إلى عيسى بن أبان وقيل إنها عائدة إلى المعري لأنه أخذ
العوض عما لم يملكه قالوا وأنتم تحملون البيع على الحقيقة والعريّة على المجاز وهذا ممنوع لأنه تقدم
أن للعريّة تفسيرين فلامجاز وأو سلم لوجب حمله على ما قلناه كما دل عليه كلام الشافعى وقاله المصنف
فى النكت لوجوه (أحدها) أن المنهى عنه فى أول الجزء البيع فيجب أن يكون المستثنى أيضاً بيعاً (والثانى)
أن الرخصة لا تكون إلا عن خطر والخطر فى البيع لا فى الرجوع فى الهبة (والثالث) أنه قدر

(١) كذا

بالأصل محرر

قال الركن الثانى الموكل وشرطه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية * فلا يصح
توكيل الصبي (ح) والمجنون * ولا يصح (ح) توكيل المرأة فى عقد النكاح * ويجوز توكيل الأب
والجد * توكيل الوكيل إلا إذا عرّف كونه مأذوناً بلفظ أو قرينة * وفى توكيل الولي الذى لا يجبر
تردد لتردده بين الولي والوكيل *

يشترط فى الموكل أن يتمكن من مباشرة ما يوكل فيه إما بحق الملك لنفسه أو بحق الولاية
على غيره وفى هذا الضابط قيدان (أحدهما) التمكن من مباشرة ذلك التصرف فمن لا يتمكن من
مباشرة ذلك التصرف كالصبي والمجنون والنائم والمغمى عليه لا يصح منه التوكيل والمرأة لا يصح منها
التوكيل فى النكاح وكذا توكيل الفاسق فى تزويج ابنته إذا قلنا لا يليه وتوكيل السكران حكمه حكم
سائر التصرفات (والثانى) كون التمكن بحق الملك والولاية فيدخل فيه توكيل الأب والجد فى النكاح
والمال ويخرج عنه توكيل الوكيل فإنه ليس بملك ولا ولي نعم لو مكّنه الموكل من التوكيل لفظاً
أو دلت عليه قرينة نقد وتفصيله سيأتى فى الباب الثانى وفى معناه توكيل العبد المأذون لأنه إنما
يتصرف عن الأذن لا بحق الملك ولا الولاية وفى توكيل الاخ والعم ومن لا يجبر فى النكاح
وجهان يعزوان فى النكاح لأنه من حيث لا يعزل كلولى ومن حيث أنه لا يستقل كلوكيل والمحجور
عليه بالفلس والسفه والرق يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات وفيما لا يستقل لا يجوز إلا بعد
إذن الولي والمولى ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه فقياسه تجوز
توكيل المحجور بما سيأذن فيه الولي ولم يتعرضوا له ولنعرف فى الضابط المذكور أموراً (أحدها)
أنه يستثنى عنه بيع الأعمى وشراؤه فإنه يصح التوكيل وإن لم يملكه الأعمى للضرورة (والثانى) أنه
إذا انفذ توكيل الوكيل على ما سيأتى فمنصوبه وكيل الموكل أو وكيل الوكيل فيه خلاف ستقف عليه
وإذا كان وكيل الوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملك والولاية
(وقوله) ولا يصح توكيل المرأة فى عقد النكاح معلّم - بالحاء - لما اشتهر عن مذهبه *

بخمسة أوسق وما قالوه لا يختص (والرابع) ما تقدم من حديث محمود بن لبيد واعتلوا أيضا بأنه إذا لم يجوز البيع بالخرص وهو على الأرض فعلى النخل أولى لأنه أقرب إلى الغرر (وأجاب) المصنف في النكت بأنه هنا تدعو الحاجة إليه وفي الأرض لا تدعو الحاجة إليه لأنه لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة إليه ولا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة كما قالوا في السلم المؤجل يجوز مع كثرة الغرر ولا يجوز الحال مع قلة الغرر وقال الشيخ ولان في الأرض لم يجعل الخرص طريقا لمعرفة المقدار وفي الشجر جعل الخرص طريقة لمعرفة المقدار ويعرف بها النصارى في حال الادخار وهذا الجواب من المصنف يفتضى أنه قائل بأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر في الأرض فيما دون خمسة سق وهو الصحيح من المذهب وفيه خلاف تقدم عن صاحب التتمة وسأذكره إن شاء الله تعالى واعتلوا أيضا بأن ذلك كان قبل تحريم الربا وبطلان استثنائها من المزابنة وهذا يدل على أنه بعد تحريم ربا ولأنه لو كان كذلك لم يحتج إلى الخرص واعتلوا أيضا بأمور أخر لا متعلق لهم بها (وأما) مالك رحمه الله تعالى فهو وإن وافق على مقتضى الحديث يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعي وهو

قال **الركن الثالث الوكيل** ويشترط فيه صحة العبارة وذلك بالتكليف * ولا يصح (ح) توكيل الصبي إلا في الأذن في الدخول وإيصال الهدية على رأى * ولا يصح توكيل المرأة (ح) والمحرم (ح) في عقد النكاح * والظاهر جواز توكيل العبد والفاسق في إيجاب النكاح * وكذا المحجور بالسفه والفلس إذا لا خلل في عبارتهم * ومنع استقلالهم بسبب أمور عارضة *.

كما يشترط في الموكل التمكن من مباشرة التصرف للموكل فيه بنفسه يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه وذلك أن يكون صحيح العبارة فيه فلا يصح توكيل المجنون والصبي في التصرفات واستثنى في الكتاب الأذن في دخول الدار والمالك عند إيصال الهدية ففي اعتبار عبارته في الصورين وجهان سبق ذكرهما في أول البيع فإن جاز ذلك فهو وكيل من جهة الأذن والمهدى واعلم أن تجويزهما إذا كان على سبيل التوكيل فلا وأنه وكل بأن يوكل غيره فامتياز تخريجه على الخلاف في أن الوكيل هل يوكل فإن جاز لزم أن يكون الصبي أهلا للتوكيل أيضا وعند أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى يصح توكيل الصبي المميز والمرأة والمحرم مسلو بالعبارة في النكاح فلا يتوكلان فيه كما لا يتوكلان خلافا لأبي حنيفة وذكر في التتمة أنه لا يجوز توكيل المطلقة الرجعية في رجعة نفسها ولا توكيل المرأة امرأة أخرى لأن الفرج لا يستباح بقول النساء وأنه لا يجوز توكيل المرأة في الاختيار في النكاح إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وفي الاختيار للفرق وجهان سبق ذكرهما في باب معاملة العبيد وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن السيد وجهان (أصحهما) الجواز وإنما لم يجوز قبوله لنفسه

أن يهب الرجل الرجل تمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له فيشتريها بخيرها تمرا وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا لكن الخلاف معه في قصرها على ذلك فقل إنه لا يجوز بيعها من غير صاحب البستان إلا بعرض أو نقد ونحن نقول يجوز وقل إنه يجوز ذلك نسيئة وزاد حتى قال لا يجوز نقدا على ما حكى عنه وعلى هذا لا تبقى صورة في العرايا يحصل فيها اتفاق بيننا وبينه لأن مادون خمسة أوسق نجيزه نحن نقدا ولا نجيزه نسيئا وهو لا يجيزه ويجيزه نسيئا في بعض الصور وجوز شرائها لمعريها ولورثته وكذلك يجوز عنده شراء ثمرة نخلة أصلها لغيره في حائطه قال وليس بقياس ولكنه موضع تخفيف وتقل الماوردي عنه أنه يجوز ذلك جبرا ويجزى به مجرى الشفعة خوفا من سوء المشاركة واختلفت المالكية في دلة الجواب في منعها من المعري فقيل لوجهين إحداهما دفع ضرر دخوله وخروجه أو لمرق في الكفاية وقال بعض كبار أصحاب مالك رحمه الله لا يجوز إلا لدفع الضرر خاصة وأنه إذا أعري خمسة أوسق أو دونها لم يجز أن يشتري بعض عريته لأن الضرر الذي أرخص به قائم قاله في تهذيبهم قال الشافعي في اختلاف الحديث ووافقنا بعض أصحابنا في جملة قولنا في بيع العرايا ثم عاد فقال لا تباع إلا من صاحبها الذي أعراها إذا تأذى بدخول الرجل عليه بتمر إلى الجذاذ قال الشافعي رضي الله عنه كما عليه أجلها فتحل لكل مشتر ولا حرمها فنقول قول من حرمها وزاد فقال تباع بتمر نسيئة والنسيئة عنده في الطعام حرام وزاد أن أجلها إلى الجذاذ فجعل الطعام بالطعام إلى أجل وإلى أجل مجهول لأن الجذاذ مجهول واحتج المنتصرون بذلك رحمه الله في تفسير العرية بذلك بقول ابن عمر كانت العرايا أن يعري الرجل في ماله النخلة والنخلتين رواه البخاري

لما أن يتعلق به المهر ومؤون النكاح وفي توكيله في طرف الإيجاب وجهان (أحدهما) المنع لانه لا يجوز أن يزوج ابنته فأولى أن لا يزوج ابنة غيره (والثاني) الجواز لدخول عبارة في الجملة وإنما لم يل امر ابنته لانه لا يتفرغ للبحث والنظر وههنا ثم البحث والنظر من جهة الموكل وهذا أظهر عند صاحب الكتاب والأول أظهر عند المعظم وربما لم يذكروا غيره وتوكيل المحجور عليه بالسف في طرفي النكاح كتوكيل العبد وتوكيل الفاسق في إيجاب النكاح كتوكيلها إذا سلمنا الولاية بالفاسق ولا خلاف في جواز قبوله بالوكالة والمحجور عليه بالفاسق يتوكل فيما لا يلزم ذمته عهدا وكذا فيما يلزم عهدا على الأصح من الوجهين كما أن شرائه صحيح على الصحيح ويجوز توكيل المرأة في طلاق زوجة الغير على أصح الوجهين كما يجوز أن يفوض الزوج طلاق زوجته إليها وقوله في الكتاب ومنع استقلالهم بأمور عارضة أي هم صحيحو العبارة كالمحال وإنما منعناه لأمور تعرض فيمنع استقلالهم بالتصرف لا مطلق التصرف على ما مر *

تعليقا عن محمد بن اسحق وقال البخاري وقال يزيد عن سفيان بن حسين العرايا نخل كانت توهب
للساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها رخص لهم أن يبيعوا بما شاءوا من التمر و بشعر شاعر
الأنصار المتقدم (قلت) وقد وجدت لهم ما هو أولى بأن يتعلموا به فمن ذلك وهو الحديث الذي تقدم
قريبا عن معجم الطبراني عن زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ في العرايا النخلة والنخلتين
يوهبان للرجل فيبيعها بنجرصها تمرا وليس فيه دليل لأنه لم يخص أن الواهب هو الذي يبتاع كما تقدم
وكما سذكره إن شاء الله تعالى قال الامام أبو الفتح بن دقيق العيد ويشهد لتأويل مالك أمران
أحدهما أن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم وقد نقلها مالك هكذا (والثاني) قوله
رخص لصاحب العرية أن يبيعها بنجرصها فإنه يشعر باختصاصه نصفه يتميز بها عن غيره وهي الهبة
الواقعة (قلت) أما الاول فإنه معارض بقول يحيى بن سعيد الأنصاري أحد شيوخ مالك وهو أيضا مدني
عالم فني صحيح مسلم عن يحيى بن سعيد أنه قال العرية أن يشتري الرجل تمر النخلات بطعام أهله
رطباً بنجرصها تمرا وهذا هو قولنا وأما الثاني فإن الهبة هي التي يتميز بها عن غيره مختصة بمشتري
العرية لا يباعها فلو كان كذلك لقال رخص لصاحب العرية أن يشتريها والحديث إنما قال أن
يبيعها وأما قول ابن عمر وحديث زيد بن ثابت الذي ذكرته لهم فليس فيه ما يدفع قولنا ونحن

﴿ فرع ﴾ توكيل المرتد في التصرفات المالية يبني على انقطاع ملكه وبقائه إن قطعناه لم
يصح وإن أبقيناه صح وإن قلنا إنه موقوف فكذلك التوكيل ولو وكل ثم ارتد ففي ارتفاع التوكيل
الاقوال ولو وكل مرتداً أو ارتد الوكيل لم يقدح في الوكالة لأن التردد في تصرفه لنفسه لا لغيره
هكذا نقل الأصحاب عن ابن سريج وفي التهمة أنه يدين على أنه هل يصير محجوراً عليه إن قلنا
نعم انزل عن الوكالة والا فلا *

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة ولا بد من الإيجاب ﴾ وفي القبول ثلاثة أوجه * الأول عدل هو
الثالث وهو أنه لو أتى بصيغة عقد كقوله وكذلك أو فوضت يشترط انقبول * وإن قال بع أو أعتق
فيكفي القبول بالامتنال كما في إباحة الطعام * وإذا لم يشترط قبوله ففي اشتراط علمه مقروناً بالوكالة
خلاف * ولا خلاف في أنه يشترط عدم الرد منه * فإن رد انفسخ لأنه جائز * وفي تعليق الوكالة
بالاغرار خلاف مشهور * فإن منع فوجد الشرط فقد قيل يجوز التصرف بحكم الإذن * وفائدة فساده
سقوط الجعل المسمى والرجوع إلى الأجرة * ولو قال وكذلك في الحال ولا تتصرف إلا بعد شهر فهو
جائز (و) يلزمه الإمساك * ومهما صححنا التعليق فقال مهما عزلتك فأنت وكيل فطريقه في العزل
أن يقول ومهما عدت وكيل فأنت معزول حتى يتقاعدا في الدور ويبقى أصل الحجر *

نسلم أن العرية كانت تطاق على ذلك لأن الاشتقاق حاصل فيها وهو كونها مفردة وأكثر ما كان يقع الأفراد بذلك السبب ولذلك جاءت الرخصة لأصحاب العرايا على ما هو الغالب ولا يمكنه لم يقل أن يبيعها من معريها بل أطلق فيبقى على إطلاقه وله أن يبيعها ممن شاء ولهذا في حديث سهل بن أبي حشمة الذي في صحيح مسلم عن النبي ﷺ أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأيا كلوها رطباً فقوله أهل البيت مطلق وليس في شيء من الأحاديث الواردة في ذلك أن ذلك يختص ببيعها من المعري فيتعين أن يكون جواز البيع مطلقاً من كل أحد ولا يضرنا أن نسلم أن أصحاب العرايا هم الذين وهبت له النخلات وردت الرخصة لهم في البيع (فإن قلت) فعلى هذا لا تكون الرخصة للبائع والظاهر من حديث زيد وغيره أن الرخصة للمشتري الذي لا قد بيده رخص له أن يشتري الرطب لحاجته إليه بالتمر (قلت) الرخصة لكل من رخص للمشتري أن يشتري كذلك ورخص للبائع أن يبيع لأنه كان ممنوعاً قبل ذلك من بيع الرطب بالتمر وسبب الرخصة في حقه أمران (أحدهما) حاجة المشتري إليه وهو الذي لا رطب عنده أعني الذي تقتضي العادة أنه يطلب شراء الرطب ويرشد إلى ذلك قوله ﷺ «يأكلونها رطباً» (والثاني) أن أصحاب العرايا هم المساكين الذين وهبت منهم وظاهر حالهم الحاجة وقد لا تصبر النفس على أكل الرطب دائماً وتطلب التمر الذي هو القوت المعتاد عندهم ولا كذلك أصحاب النخيل الذين ليسوا من المساكين فأنهم مستغنون عن البيع في الحال جملة وظاهر حالهم الغني عن شراء الرطب والتمر معاً فلذلك والله أعلم وردت الرخصة في حق أصحاب العرايا لأنهم مظنة البيع لا لأن فيهم

الفصل يشتمل على مسألتين (أحدهما) لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له والا فكل أحد ممنوع عن التصرف في حق غيره وذلك مثل أن يقول وكلتك بكذا وفوضته إليك وانبتك فيه وما أشبههما ولو قال بع وأعتق ونحوهما حصل الإذن وهذا لا يكاد يسمى إيجاباً وإنما هو أمر وإذن والإيجاب هو قوله وكلتك وما يضاويه وعلى هذا فقوله في الكتاب ولا بد من الإيجاب أي وما يقوم مقامه وأما القبول فإنه مطلق بمعنىين (أحدهما) الرضا والرغبة فيما فوض إليه ونقيضه الرد (والثاني) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول حتى لو رده وقال لا أفعله أولاً أفعل بطلت الوكالة ولو ندم وأراد أن يفعل لا ينفع بل لا بد من إذن جديد وذلك لأن الوكالة جائزة ترتفع في الدوام بالفسخ فلا بد من زيادة في الابتداء بالرد كان أوجه وأما بالمعنى الثاني فقد نقل الإمام طريقتين (أحدهما) أن في اشتراط وجهين (أحدهما) المنع لأنه إباحة ورفع حجب فأنسبه إباحة الطعام ولا يفتقر إلى القبول اللفظي (والثاني) الاشتراط لأنه إثبات حق التسليط والتصرف للوكيل فليقبل كما في سائر التوكيلات والثانية عن

معنى مصححاً للبيع ليس في غيرهم فأصحاب العرايا هم البائعون والمشتري لم يرد في شيء من الأحاديث فيه تقييد إلا في حديث محمود بن لبيد عن زيد من ذكر المحايج وليس أولئك بمقصودين بأصحاب العرايا والله أعلم • وما يبعد ما ذهب إليه المالكية أنه لو كان الرخصة في ذلك لاجل ضرر المداخلة لم تفترق الحال بين خمسة أوسق وما فوقها وقد سلمت المالكية اختصاصها بالخسة الأوسق كما في الحديث والله أعلم • واشترط الحرقى من الحنبلية كون العرية موهوبة من بائعها كما قاله مالك والظاهر عندهم خلافه والله أعلم • وقد جمع الماوردي مرجحات المذهب في خمسة أوجه استندوها عن المزانية وأثبتها بلفظ الرخصة المشعر بتقدم الحظر ولفظ البيع المفتضى عوضها واعتبار المساواة بالحرص وتقديرها بقدر مخصوص وبسط ذلك معلوم مما تقدم قال القاضي أبو الطيب والمسألة مبنية على السنة ولا قياس فيها يتعول عليه • وقد أفاد كلام المصنف في التصوير شروطاً كلها موجودة في مختصر المزني (أحدها) أن يحرص ما لي النخيل من الرطب أي رطباً ويحرص ما يجي منه إذا جف فيأتي المتبايعان إلى النخل ويحررانها ويقولان فيها الآن وهي رطب ستة أوسق مثلاً وإذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق فتباع بأربعة أوسق تمرأ فإن زاده على الأربعة مدا أو نقصه مدا لم يحز لظهور الفضل ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق فأما حرصه رطباً فلا بد منه وإن حرص ما يجي منه جافاً فسيأتى فيه شيء عن أحمد في الشرط الثالث مما نحن نتكلم فيه إن شاء الله تعالى في كيفية الحرص مستوفى في باب زكاة النبات (الثاني) أن يكون الثمن الذي يباع به معلوماً بالكبل لقوله ثم يبيع ذلك بقدره وهذا لا خلاف فيه عند القائلين

القاضي الحسين، أن الوجهين فيما إذا أتى بصيغة عقد بأن قال وكلتك أو فوضت اليك فأما في صيغ الأمر نحو بيع واشتر فلا يشترط القبول باللفظ جزمًا بل يكفي الامتثال على المعتاد كما في إباحة الطعام وإذا اختصرت خرج من الطريقتين ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب والطريقة الثانية هي التي ذكرها في التتمة وجعل قوله أذنت لك بمثابة قوله بع وأعتق لا بمثابة قوله وكلتك وإن كان إذا على صيغ العقود قال والمذهب أنه لا يعتبر في الوكالة القبول لفظاً وهذا ما أجاب به في التهذيب وآخرون وإن مال صاحب الكتاب إلى الوجه الفارق وسماء أعدل الوجوه (التفريع) إن شرطنا القبول فهل يجب أن يكون على الفور ظاهراً المذهب أنه لا يجب لأنه قد يمتثل ضرباً من الجهات فيجتمعل فيه تأخير القبول كالوصية وعن القاضي أبي حامد أنه يجب أن يكون على الفور كالبيع وعن القاضي الحسين أنه يكفي وقوعه في المجلس هذا في القبول اللفظي (فأما) بالمعنى الأول فلا يجب التعجيل بحال ولو خرج على أن الأمر هل يقتضى الفور لما بعدوا إن لم يشترط الفور فلو وكله والوكيل لا يشعر به هل تثبت وكالته قال في النهاية فيه وجهان يقر بان

بأباحة بيع العرايا ومستنده حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا هذا لفظ البخاري ومسلم جميعا قال البخاري وقال ابن ادريس لا يكون إلا بالكيل من التمر نيدا بيد لا يكون بالجفاف وما يقويه قول سهل بن أبي حنثة بالأسق الموسقة هذا لفظ البخاري يريد بذلك أن الأسق لا تكون إلا كيلا ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر على الأصل وإن ترك الكيل من الطرفين بكثرة الفرر وفي تركه من أحدهما تقليل الفرر ولا حاجة إلى التطويل في ذلك فإنه لا خلاف فيه فلا يجوز بيع تمر جزافا وقد صرح بذلك الشافعي في الأم والرويات في البحر وابن ادريس الذي نقل البخاري عنه هو عبد الله بن ادريس الأودي وعلى ذهني أن بعضهم قال إنه الشافعي ولم يحضرنى موضعه الآن والمشهور الأول (الثالث) أن يكون البيع بقدر ما يجيء منه تمرًا ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أسواق كما تقدم تمثله وهذا هو المشهور عند القائلين بالعرايا ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطبًا ويعطى تمرًا خرصه قل ابن قدامة منهم وهذا يحتمل الأول أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خوفاً الأصل في بيع الرطب بالتمر فبقى ما عداه على قصة الدليل والصحيح عندهم خلاف هذا والجواب عن الدليين المذكورين لا يخفى وعلى الاحتمال الآخر يكون خرصها تمرًا لأحاجة إليه عندهم قل القاضي والأول أصح لأنه مبني على خرص التمر في العشر والصحيح ثم خرصه تمرًا (الرابع) أن يتقابضا ففي تفرقا قبل

من القولين في أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر الوكيل فوكالة أولى بان لا تثبت لأنه تسلط على التصرفات فإن لم تثبت فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر كالعزل أم لا وفيه وجهان عن رواية الشيخ أبي محمد أن لم نحكم به فقد شرطنا اقتران علمه بالوكالة والظاهر ثبوت الوكالة وإن لم يعلم وعلى هذا فلو تصرف الوكيل وهو غير عالم بالتوكيل ثم تبين الحال خرج على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي وكان ميتًا ومن فروع هذا الخلاف أناحيث لا نشترط القبول نكتفي بالكتابة والرسالة ونجعله مأذونا في التصرف وحيث اشترطناه فالحكم كما لو كتب بالبيع الذي أجاب به القاضي الروياني في الوكالة بالجواز (ومنها) إذا اشترطنا القبول في الوكالة فلو قال وكلي بكذا فقال الموكل وكلتك هل يشترط القبول أم يقام مقامه قوله وكلي فيه خلاف كما في البيع ونحوه ثم قيل الوكالة أحوج للاشتراط لأنها ضعيفة ولو عكس موجهها بان الوكالة يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع فكانت أولى بعدم الاشتراط لكان أقرب (الثانية) إذا علق الوكالة بشرط فقال إذا قدم زيد

التقايض فسد العقد نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والاصحاب من غير خلاف فيه والتقايض في التمر ظاهر بالكيل والنقل (وأما) في الرطب الذي على النخل فبالتخلية بين المشتري وبين النخلة هكذا نص الشافعي والاصحاب وهذا المراد بقوله وليسلم اليه قبل التفرق قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم ولا يجوز البيع فيها حتى تقبض النخلة بثمرها ويقبض صاحب النخلة التمر بكيه ولا خلاف عندنا وعند الحنابلة في ذلك وقد تقدم من حكاية الشافعي وعن مالك جواز ذلك الى الجذاذ وبحته في ذلك كاف واستشكل ابن الرفعة الا كتفاء بالتخلية اذا قلما بالقديم وهو أن التمرة تكون من ضمان البائع الى أن ^(١) القطع ولا يشترط حضور التمر عند تمر النخيل بل لو تباعا بعد رؤية التمر والتمر ثم خلى بينه وبين الثمرة ثم مشيا الى التمر فسلمه جاز قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والبغوي قال الرافعي ويشترط في هذه المدة أن لا يفترقا قل الماوردي فاذا افترقا لزمت العرية ولا خيار ثم للمشتري بعد ذلك أن يحتج ثمرة النخلة حالا بعد حال عند ادراكها **﴿ فرع ﴾** لو باع الرطب على الارض بالتمر هل يجري حكم العرايا فيه فيصح في خمسة أوسق أو دونها قال المحامي لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز لان معني العرايا لا يوجد فيه وبذلك جزم كثيرون وقد حكى في طريق المرازمة وجهان حكاهما الفوراني والمتولي والامام وأما الزائد على الخمسة فلا يصح جزما وقد تقدم التنبيه على ذلك *

(١) يياض
بالأصل فحرر

أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا أو أنت وكيل في فيه وجهان (أحدهما) ويحكى عن أبي حنيفة وأحمد أنها تصح لأنها استنابة في التصرف فاشبهت عقد الامارة فانها تقبل التعليق على ما قال عليه الصلاة والسلام فان أصيب جعفر فزيد (وأظهرهما) المنع كما أن الشركة والمضاربة وسائر العقود لا تقبل التعليق وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة هل تفتقر الى القبول (إن قلنا) لا تفتقر جاز التعليق وإلا لم يجز لأن فرض القبول في الحال والوكالة لم تثبت بعد بعيد وتأخرها الى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب ولو نجز الوكالة وضرب للتصرف شرطاً بأن قال وكلتك الآن يبيع عبدي هذا ولكن لا تبعه حتى يمضي رأس الشهر صح التوكيل بالاتفاق ولا يتصرف الا بعد حصول الشرط. وتصح الوكالة المؤقتة مثل أن يقول وكلتك إلى شهر قاله العبادي في الرقم ويتعاق بالخلاف في تعليق الوكالة قاعدتان (إحدهما) إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط في صحة التصرف وجهان (أحدهما) الصحة لان الاذن حاصل وإن فسد العقد فصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقل بع كذا على أن لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة لكن لو باع صح (والثاني) وبه قال الشيخ أبي محمد انه لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التتمة إذا اشترى الرطب بالتمر يعني في العرايا فإن أكل الرطب ولم يجففه فالعقد ماض على الصحة وإن جففه فكان بقدر التمر أو كان التفاوت بقدر ما بين الكيلين فالعقد نافذ وإن ظهر بينهما تفاوت ظاهر يحكم بطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد جزم بذلك المتولى ولم يحك فيه خلافاً وذكره صاحب البحر عن بعض أصحابنا كما في التتمة واقتصر عليه وكذلك في تعليق القاضي حسين أنه قال بعد السؤال في الدرس وفيه وجه أنه يضح من الكثير بقدر القليل ولشترى الكثير الخيار حكاه البغوي والرافعي *

﴿ فرع ﴾ يجوز أن يقع العقد على الذمة فيقول بعثك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه ويجوز أن يقع على معين فيكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعثك هذا بهذا فان باعه بمعين فقبضه بنقله وإن باعه بموصوف فقبضه باكتياله ولا يتفرقا قبل القبض قاله الحاملي وهو مذهب أحمد أيضاً *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رحمه الله تعالى والجائحة في العرايا والبيع غيرها سواء *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي والرويانى لا تجوز العرية إلا فيما بدا صلاحه بسراً كان أو رطباً فنبه بذلك على اشتراط بدو الصلاح وعلى أن حكم البسر حكم الرطب وقل من نبه عليه من الأصحاب وعلل الرويانى الأول بأنه وقت الحاجة (وأما) الثانى فلأن الحاجة الى البسر كالرطب والله أعلم * وقد تقدم عن الماوردي الخلاف في بيع الطلع بالتمر وذلك في غير العرايا فهذا الكلام من هنا يجب أن يكون تفرعاً على القول بالمنع هناك ومتى جاز في غير العرايا جاز فيها بطريق أولى *

بالأذن الذى يتضمنه العقد الفاسد ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً وسلم المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه وإن تضمن البيع والتسليم الأذن في التصرف والتسليم عليه قال في التتمة وأصل المسألة ما إذا كان عنده رهن لدين مؤجل فاذن المرتهن في بيعه على أن يؤجل حقه من الثمن وفيه اختلاف قد تقدم وهذا البناء يقتضى ترجيح الوجه الثانى لأن النص وظاهر المذهب هناك فساد الأذن والتصرف (فان قلنا) بالصحة فأثر فساد الوكالة أنه يسقط الجعل المسمى إن كان قد سمي له جعلاً ويرجع الى أجرة المثل وهذا كما أن الشرط الفاسد فى النكاح الفاسد يفسد الصداق ويوجب مهر المثل وإن لم يؤثر فى النكاح (الثانية) إذا قال وكلتك بكذا ومهما عزلتك فأنت وكيلى ففى صحة الوكالة فى الحال وجهان (أحدهما) الصحة ووجه المنع اشتغالها على الشرط الفاسد وهو الزام العقد الجائز (فان قلنا) بالصحة أو كان قوله مهما عزلتك مفصلاً عن الوكالة فإذا عزله نظر إن لم يشعر به الوكيل واعتبرنا شعوره فى نفوذ العزل فهو على وكالته وإن لم نعتبره أو كان شاعراً به ففى عوده وكيلاً بعد العزل وجهان مبنيان على أن الوكالة

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وهل يجوز للأغنياء فيه قولان ﴾ (أحدهما) لا يجوز وهو اختيار المزي لأن الرخصة وردت في حق الفقراء والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فقي في حقهم على الحظر (والثاني) أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قل نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن يتباع بخرصها تمرًا يأكلها أهلها رطبًا ولم يفرق ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع) * ﴿الشرح﴾ حديث سهل هذا رواه البخاري ومسلم رحمه الله تعالى وغيرها وانظر البخاري أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العربية أن يتباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا ولفظ مسلم قريب منه وفي رواية الترمذي زيادة وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه بعد قوله العرايا * واللفظ الذي ذكره المصنف لفظ رواية الشافعي كذلك رويناه عنه في السنن من رواية المزي وفي المسند من رواية الربيع في السنن العرايا وفي المسند العربية وفيها يأكلها أهلها رطبًا والأهل الذين يأكلونها رطبًا هم المشترون بلا شك وفي رواية البخاري الأخرى يبيعها أهلها فجعل الأهل بائعين ويصح إطلاق الأهل على كل منهما على البائع قبل البيع وعلى المشتري بعده لكن قوله يأكلونها رطبًا لا يصح أن يعود على الأهل البائعين لأنهم لا يأكلونها رطبًا بل يأخذون الثمن فهو عائد علي معلوم في النفس وإن لم يجز له ذكر أي يأكلها الذين يبتاعونها رطبًا وقد يتعسف متعسف فيجعل الأهل في قوله يبيعها أهلها منصوبا ويكونوا مشترين لا بائعين أي يبيعها من أهلها ويصح عود الضمير عليه بعد ذلك أن كان باع لا يتعدى إلى مفعولين بنفسه والله أعلم * والخبر بالكسر تقدم التنبيه عليه (وأما) حكم المسألة ففيها طريقتان (أصحهما) القطع بعموم الرخصة للأغنياء والفقراء بهذه الطريقة مقتضى كلام أبي حامد والمحامي كما ستعرفه ونسبها لما وردى إلى جمهور الأصحاب وهي الظاهر من كلام الشافعي (والثانية) فيها قولان وهي التي

هل تقبل التعليق لأنه علق التوكيل ثانياً بالعزل (أظهرها) المنع (والثاني) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنه يعود وكيلاً فعلى هذا ينظر في اللفظة الموصولة بالعزل أن قال إذا عزلتك أو مهما أومتى لم يقتض ذلك عود الوكالة الأمرة واحدة وإن قال كلما عزلتك اقتضي العود مرة بعد أخرى لأن كلما تقتضي التكرار دون غيرها على ما ستعرفه في أبواب الطلاق إن شاء الله تعالى فلو أراد أن لا يعود وكيلاً فسبيله أن يوكل غيره بعزله فينعزل لأن المعلق عليه عزل نفسه فإن كان قد قال عزلتك أو عزلتك أحد من قبلي فالطريق أن يقول كلما عدت وكيلي فأنت معزول فإذا عزله ينعزل لتقاوم التوكيل والعزل واعتماد العزل بالأصل وهو الحجر في حق الغير قال الإمام رحمه الله وفيه نظر علي بعد متلقى عن استصحاب الوكالة * وأعلم أن الخلاف في الوكالة هل تقبل التعليق جار في أن

أوردها القاضي أبو الطيب والمصنف والعمري والبغوي والرافعي وآخرون وحكماها الفوراني وجهين (أحدهما) يختص بالفقراء ولا يجوز للأغنياء وهو اختيار المزني والمشهور عن أحمد كما ذكره المصنف وهذا نظر إلى حديث محمود قد تقدم أنه ليس في الكتب المشهورة لكن وجدت على حاشية نسخة شيخنا الدمياطي من المذهب إشارة بخط غيره تقتضي نسبة ذلك إلى مسند أحمد فلي هذا الأغنياء لا يشاركونهم في ذلك فيبقى على الأصل من تحريم الزبانة المجمع عليه الثابت بالأحاديث المشهورة و أرهنا القول منصوصاً للشافعي ولكن للمزني في المختصر قال اختلف ما وصف الشافعي في العرايا قال لم الشيخ أبو حامد إنه يشير بذلك إلى أن الشافعي دل في موضع آخر يخص بذلك المحتاجون قال الشيخ أبو حامد وليس الأمر على ما قدره وإنما الشافعي تكلم على ما دل من قرأ مالك حيث قال ذلك في الوهاب يشتري الرطب من الوهوب له بالقر فقال لا يمكنك على هذا استعمال قوله في الخبر « يأكلها أهلها رطباً » لأن من يشتري الرطب على هذا الوجه لا يشتريه لياأكله مع الناس فإن جميع يستأنه الرطب وإنما يشتريه ليدفع عن نفسه الفسرة بدخول الوهوب له عليه وعلى عياله والخبر يقتضي أنه يشتريه لياأكله مع الناس فتعد هذا دون تخصيص أهل الحاجة باتباع ذلك ومنع الأغنياء منه وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد صحيح ويؤيده أن المزني نقل ذلك عن اختلاف الحديث والاملاء والذي فيهما ما ذكر دون القول بالمنع فينبغي أن يقطع بقول الجواز ولا يعزى للشافعي غيره ويجعل قول المنع مذهباً للمزني والله أعلم * وهو مقتضى كلام أبي حامد والحاملي ونبه المصنف بقوله الأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة على امتناع القياس لعدم المشاركة في العلة لا لأجل كون ذلك وارداً على سبيل الرخصة فإن مذهبنا جواز القياس في الرخص إذا حصل

العزل هل يقبله ولكن بالترتيب والعزل أولى بقبوله لأنه لا يشترط فيه القبول واشترطه في الوكالة مختلف فيه وتصحيح إرادة الوكالة والعزل جميعاً مبني على قبولهما المتعاقب ثم قال الإمام رحمه الله إذا نفذنا العزل وقبلنا تعود الوكالة فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وان لطف ثم تعرتب عليه الوكالة فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف هل ينفذ فيه وجهان للأصحاب وإنما كان يصح هذا الفرض والتصوير أن لو وقع بينهما ترتب زمني حتى يتصور وقوع التصرف بينهما لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون إلا عقلياً (وقوله) في الكتاب وفي تعليق الوكالة بالانقضاء بالانقضاء وإنما يقع هذا اللفظ بالاستحقاق على ما فيه خطر كقدوم زيد ومجيء المطر وإن لم يكن في الحكم فرق فيمن بينه وبين ما يوثق به كجىء الشهر (وقوله) ويلزم الامتثال أى لا يجوز له التصرف في الشهر لأنه يجب عليه خارج الشهر فإن الأمر إلى اختياره *

الاشتراك في العلة كغيرها وسيأتي في توجيه القول الثاني ما يظهر به الجواب عما قاله المزني وقد تلقنه الشيخ أبو محمد عن الأصحاب نصح هـ. هذا القول ونظر فيه لي حديث محمود ابن لييد عن زيد مع أصل سـ. ذكره عنه وجوابه ان شاء الله تعالى (وانقول الثاني) يجوز وهو ظاهر المذهب والمنصوص في الأم قال الشافعي في الأم والذي أذهب له أن لا بأس أن يبتاع الرطب للعرايا فيما دون خمسة أوسق وان كان مؤبراً رخصه جماعة منهم الامام والرافعي والنووي وابن أبي عصرون وقد تقدم أن جماعة جزموا به ومن جماعتهم سليم في الكفاية وغيره لم يذكره فيه خلافاً وهو المختار ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد بن حنبل لاطلاق حديث سهل بن أبي حشمة فإنه لم يفرق بين الفقراء والاغنياء لارحامه عليه السلام في العرايا من غير تقييد بالضرورة ولأنه إنما يريد الرطب شهوة ولو اعتبرت الضرورة لرخص في صاع ونحوه بما يزيها وقد أبيع أكثر منه (فان قلت) اذا كانت الرخصة مطلقة في بعض الاحاديث مقيدة في بعضها فلاحتمام المطلق على المقيد (قلت) ليس مانع فيه من هذا القبيل لأن الاطلاق والتقييد من عوارض الالفاظ فاذا ورد لفظ مطابق ولفظ مقيد بقيد لفظي فهو الذي يحمل فيه المطلق على التقييد بشرطه وأما هنا فليس في لفظ الشارع ذكر قيد الحاجة وإنما رخص لأقوام وقرينة الحال ما هم عليه وسؤالهم يقتضي

﴿ الباب الثاني في حكم الوكالة ﴾

قل ﴿ ولما ثلاثة أحكام (الأول) صحة ماوافق من التصرفات وبطلان ماخالف • وتعرف الموافقة باللفظ مرة • وبالقرينة أخرى • وبيانه بصور سبع (الأولى) إذا قال بع مطلقاً فلا يبيع بالعرض (ح) ولا بالنسيئة (ح) ولا بما دون ثمن المثل (ح) الا قدراً يتغابن الناس بمثله كالواحد في عشرة •

للوكلة الصحيحة أحكام منها صحة تصرف الوكيل اذا وافق إذن الوكل والموافقة والمخلفة يعرفان بالنظر الى اللفظ تارة وبالقرائن التي تنسب اليه أخرى فان القرينة قد تقوى فيكون لها اطلاق اللفظ الا ترى انه اذا أمره في الصيف ب شراء الجمد لا يشترى به في الشتاء وقد يتعادل اللفظ والقرينة وينشأ من تعادلهما خلاف في المسألة وهذا القول الجملي يوضحه صور ترشد الى أخواتها منها اذا وكله يبيع شيء وأطاق لم يكن له أن يبيعه بغير نقد البلد من العروض والنقود وأن يبيعه بثمن مؤجل وبثمن فاحش وبه قل مالك رحمه الله تعالى وكذا أحمد في أظهر الروايتين وقال أبو حنيفة يجوز له جميع ذلك • لنا القياس على الوصي لأنه لا يبيع له الا بثمن المثل من نقد البلد حالاً وأيضاً فإنه وكيل في عقد البيع فتصرفه بالغبن لا يلزم الوكل كالوكيل في الشراء إذا اشترى بغبن

أن علة الرخصة لهم الحاجة فاذا ورد الترخيص مطلقا في موضع آخر لم يجب تقييدها بذلك المعنى الذي ظنناه وهو الحاجة ليس معتبرا بل كانت الرخصة لهم لانهم أصحاب الواقعة وغيرهم في حكمهم وأما أن تكون حاجتهم اقتضت مشروعية ذلك لهم وغيرهم فان الحكم قد ثبت عاما لمعنى موجود في بعض الناس كقوله تعالى (ويحل لهم الطبيبات ويحرم عليهم الخبائث) والمراد إما الصحابة والعرب وإما النفوس الكريمة وعلى كل تقدير فهم بعض الامة فما تنفر عنه طباعهم فهو الخبائث وما تميل إليه فهو الطبيبات وغيرهم تبع لهم في ذلك وقد يكون الحكم ثابتا لعله توجد في الكثير قطعا وتعدم في القليل قطعا كالاسكار وقد يكون ثابتا لعله في زمان النبي صلى الله عليه وسلم ثم زالت كالرمل المشروع لظاهر الجلد والقوة قال ابن عبد السلام ^(١) وبقاء هذا الحكم لسبب يخلو ذلك السبب الاول وهو اننا نذكر في زماننا سبب هذا الفعل لان النفس طالبة للتعليل فنطلع على السبب الاول فنعلم حينئذ أن الله تعالى كثرا بعد القلة وأعزنا بعد الذلة وأن الاسلام أظهره الله على الدين كله ونذكر أحوال السلف الصالح وهذه فائدة جاءت استطرادا (فان قلت) لم يرد أيضا لفظ مطلق في الرخصة من الشارع حتى يتمسك به وإنما الألفاظ التي وردت في ذلك كلها من الرواية يذكرون أن النبي ﷺ أرخص في العرايا وهذه حكاية حال لا عموم فيها ولا إطلاق فجاز أن يكون مرادهم بتلك الرخصة التي صدرت

(١) يياض
بالأصل

فاحش وأيضاً فإنه إذا باع وأطاق كان الثمن حالا فاذا وكل بالبيع وأطاني حمل على الثمن الحال ولنا قول أن البيع على الوجه المذكور يباح موقونا على اجازة الموكل وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي والمذمب الأول ولو كان في البلد نهران أحدهما أغاب فعليه أن يبيع به وان استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل فأن استويا تخير على المشهور وقال صاحب التهذيب بعد نقل التخيير إذا استويا في المعاملة وجب أن لا يصح الوكيل ما لم يبين كما لو باع بدراهم وفي البلد نهران متساويان لا يصح حتى يتبدل أحدهما ووجدت في كلام الشيخ أبي حامد مثل ما ذكره صاحب التهذيب ثم إذا باع الوكيل في أحد الرجاء المذكورة لم يصح ضمان المال ما لم يسلمه إلى المشتري فإن سلم ضمن ثم القول فيه إذا كان المبيع باقيا أو تلفا في كيفية تفريم الموكل والوكيل والمشتري على ما بينا فيما إذا باع العدل الرهن بالغبن الفاحش أو بغير نقد البلد بالنسيئة وأما المبيع بالغبن اليسير فإنه جائز واليسير الذي يتغابن الناس بمثله ويحملونه غالبا ويبيع ما يساوي عشرة بتسعة محتمل في الغالب وبيع به بشاية غير محتمل قال الرويانى ويختلف القدر المحتمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقارات وغيرها وكما يجوز أن ينقص الوكيل عن ثمن المثل لا يجوز أن يقتصر عليه وهناك طالب الزيادة ولو باع بشمن المثل ثم ظهر في المجلس طالب يزيد فالحكم ما مر في عدل الرهن •

منه **عليه السلام** للمحاويج وحينئذ لا يبقى دليل على ثبوتها لغيرهم (قلت) الجواب من وجهين (أحدهما) أن المعتمدين في الأصول أن الراوي إذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله نهى عن الغرر وقضى بالشفعة للجار وما أشبهه أنه على العموم وأن الحجة في المحكي والحكاية معا خلافا لما قاله بعض المتأخرين فإنه لو يمكن المراد قصة المحايج لم يحز حكايتها بلفظ العموم لأنها رخصة في عرايا خاصة لا في كل العرايا فلما أتى الراوي بلفظ عام وهو من أهل اللسان وجب اعتقاد أن المحكي مطابق له في العموم (والثاني) أن معنا ههنا قرينة ترشد إلى أن القصة المنقولة غير قصة المحايج وهو قوله رخص لصاحب العرية وتلك الرخصة لم تكن لصاحب العرية بل للمحاويج الذين يشترون منه كما تقدمت الإشارة إليه والله أعلم * قال الشافعي في الأم وكثير من الفرائض قد نزلت بأسباب قوم فكان لهم وللناس عامة إلا ما بين الله تعالى أنه أحل لضرورة أو خاصة ومن جهة القياس أن كل ما جاز ابتياعه للفقير جاز للغني كسائر الأشياء وقد أورد الشيخ تاج الدين عبد الرحمن أن الشافعي رضى الله عنه قطع القول بالنقيض المذكور في حديث أبي هريرة من المقدار ولم يعتبر النقيض المذكور من السبب في حديث

(فرع) إذا قال الموكل عند التوكيل بعه بكم شئت جاز له البيع بالغبن ولا يجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد ولو قال بما شئت فله البيع بغير نقد البلد ولا يجوز بالغبن والنسيئة ولو قال كيف شئت فله البيع بالنسيئة ولا يجوز بالغبن وبغير نقد البلد ولكن القاضي الحسين يجوز الكل ولو قال بعه بما عزوهان قال في التتمة هو كما لو قال بعه بكم شئت وقال العبادى له البيع بالعرض والغبن ولا يجوز بالنسيئة وهو الأولى *

(فرع) ذكرنا في الرهن والتفليس أن الحاكم يبيع المرهون ومال المفلس بنقد البلد وأنه لو لم يكن دين المستحقين من ذلك أو على تلك الصفة صرفه إلى مثل حقوقهم وقد يحتاج فيه إلى توسط معاملة أخرى إذا كان نقد البلد المكسور وحققهم الصحيح فلا يمكن تحصيل الصحيح بالمكسر إلا ببذل زيادة وأنه رباً فيشتري بالمكسر ساعة وبالسلعة الصحيح ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم في الابتداء جاز وقد مر ذلك في الرهن قال القفال في الفتاوى والمرتهن عند امتناع الراهن عن أداء الحق يبيع الرهن ويقوم مقام الحاكم في توسط المعاملة الأخرى وفي بيعه بجنس الدين وعلي صفته وأعلم أن مجرد امتناع الراهن عن أداء ما عليه لا يسقط المرتهن على بيع المرهون ولكنه قد يتساقط عليه على ما مر بيانه في الرهن وإذا الحق المرتهن حينئذ بالحاكم فيما ذكره أشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون وقضاء الحق منه بالمرتهن بل أولى قال لأن زيادة المرتهن قهرياً والموكل قد رضى تصرفه ونصبه لهذا الغرض *

محمود فلا بد من التسوية أو الفرق ويبنى ذلك على أنه من باب حمل المطلق على المقيد وقد تقدم الجواب عنه في دعوى التقييد بالفقراء وأما التقييد بالمقدار فلأن ذلك منقول عن النبي ﷺ فلما كان التقييد من لفظ النبي ﷺ حملنا المطلق عليه وأما التقييد بالحاوي فليس من لفظ النبي ﷺ كما تقدم تقريره فهذا هو الفرق والله أعلم * (فان قلت) قد قررت أن الراجح عند الأصوليين أن قوله رخص في العرايا وأمثاله عام وإذا كان كذلك فيكون التقييد بالمقدار في حديث أبي هريرة ذكرا لبعض أفراد العموم وذلك لا يقتضي التخصيص فتبقى الرخصة على عمومها (قلت) هذا غير سؤال الاطلاق والتقييد الذي تعرض له ومع ذلك فالجواب عنه من وجهين (أحدهما) أن التخصيص ليس بذكر بعض الأفراد بل بمفهوم قوله فيأدون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق والمفهوم تخصيص العموم (والثاني) أنا لو أجبنا العرايا في القابل والكثير لزل تحريم الزانية وجميع أحاديث الرخصة تقتضي ورودها في شيء دون شيء ولفظ العرية ينزل على أفرادها عن سائر الأشجار وذلك يشعر بالقلة وليس في جميع الرطب بالتمر فلا بد من الرجوع الى مقدار وقد ثبت ذلك في حديث أبي هريرة رضى الله عنه فتعين الحمل عليه بخلاف تعميمها في الفقراء والأغنياء فلم يصدنا عنه صاد ولا فيه مخالفة بل هو أمر مقطوع به والله أعلم * (فان قلت) فيجب على من يقول في الأصول بحمل المطلق على المقيد أن

قال (ويبيع) (ح) على الأصح من أقاربه الذين ترد له شهادتهم * ولا يبيع من نفسه * الوكيل بالبيع مطلقاً هل يبيع من ابنه وأبيه وسائر أصوله وفروعه فيه وجهان (أحدهما) نعم لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح فاشبهه مالو باع من صديقه وأيضاً فإنه يجوز للام أن يزوج وليته من ابنه البالغ إذا أطلقت الاذن وقلنا لا يشترط تعيين الزوج فكذلك ههنا (والثاني) وبه قال أبو حنيفة لا لأنه منهم بالميل اليهم ومن الجائز أن يكون هناك راغب بأكثر من ذلك الثمن وأجرى الوجهين في الأصول والفروع المستقلين أما ابنه الصغير فلا يبيع منه وكذلك لا يبيع من نفسه لأنه يستقصى لنفسه وطفله في الاسترخاص وغرض البائع الاستقصاء في البيع لكثرة ما غرضان متضادان فلا يتأتى من الواحد القيام بهما وأيضاً فان التوكيل بالبيع مطلقاً يشعر بالبيع من الغير والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب وفي كتاب القاضي ابن كج شيئان غريبان في المسألة (أحدهما) أن أبا حامد القاضي حكى عن الاصطخري وجهاً أن للوكيل أن يبيع من نفسه (والثاني) أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع هل له أن يبيع من نفسه لأن اللاب يبيع مال ولده من نفسه بالولاية فكذلك بالوكالة وإذا قلنا بظاهر المذهب فلو صرح له بالأذن في بيعه من نفسه فوجهان قال ابن سريج يجوز كما لو أذن له في البيع من أبيه وابن البالغ يجوز وكما لو قال لزوجه طلق

لا يحمله ههنا وتبقى الرخصة على عمومها في القليل والكثير (قلت) يصد عن ذلك الوجه الثاني الذي ذكرته الآن وأيضا فان المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا متفقون على حمل المطلق على المقيد هذا كله مع ما في حديث محمود بن لبيد عن زيد الذي يتمسك به في الاختصاص بالفقراء من عدم الاتصال الموجب لعدم الحكم عليه بالصحة والله أعلم * وبني الغزالي الخلاف في ذلك على أن الحرص أصل بنفسه يقام مقام الكل أوليس كذلك فيتبع مورد النص فعلى الاول نلحق الاغنياء بهم وعلى الثاني تتردد وهذا كما ساذكره ان شاء الله تعالى عن الامام في الحاق بقية الثمار بالرطب والبناء على ذلك المعنى هناك متجا وأما ههنا فبعيد والشيخ أبو محمد بناء في السلسلة على الاصل الذي سيحكيه عن الاصحاب من أن العرايا هل أحلت بعد تحريم الزانية أم لم تدخل في التحريم أصلا وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى والله أعلم *

(فرع) إذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعنى المعتبر في ذلك لم يتعرض أكثرهم لذلك وقال الجرجاني لما حكى القولين يختص ذلك بمن لا نقد بيده على القول الآخر وكذلك عبارة صاحب

نفسك على الف ففعلت صح وتكون نائبة من جهته قابلة من جهة نفسها وقال الا كثرون لا يجوز لما ذكرنا من تضاد الغرضين ولان وقوع الايجاب والقبول من شخص واحد بعيد عن التخاطب ووضع الكلام وتجويزه في حق الاب كان على خلاف القياس ولو صرح بالاذن في بيعه من ابنه الصغير قال في التتمة هو على هذا الاختلاف وقال صاحب التهذيب وجب أن يجوز لأنه رضى بالنظر للطفل وترك الاستقصاء وتولى الطرفين في حق الولد معهود في الجملة بخلاف ما لو باع من نفسه ويجرى الوجهان فيما لو وكله بالهبة وأذن له ليهب من نفسه أو يتزوج ابنته وأذن له في تزويجها من نفسه وفي تولى ابن العم طرفي النكاح بان يتزوج ابنة عمه باذنها حيث انتهت الولاية اليه والنكاح أولى بالمنع لما روى موقوفاً ^(١) فوعا أنه عليه السلام قال « لا نكاح إلا بأربعة خابط وولى وشاهدين » (١) وكذا فيما إذا وكل مستحق الدين المديون باستيفائه من نفسه أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه اما في النفس أو في الطرف أو وكل الامام السارق ليقطع يده وحكى الامام رحمه الله إجراءه فيما لو وكل الزاني ليجلد نفسه واستبعده من جهة أنه متهم في ترك الايلاء بخلاف القطع إذ لا مدخل لتهمة فيه وظاهر المذهب في الكل المنع وفي التوكيل بالخصومة من الجانبين وجهان (أحدهما) الجواز لأنه يتمكن من إقامة البينة المدعى عليه (وأحدهما) المنع لما فيه من اختلاف

(١) حديث ^(١) لا نكاح إلا بأربعة بخاطب وولى وشاهدين روى مرفوعاً وموقوفاً اه الدارقطني من حديث هشام عن أبيه عن عائشة بلفظ لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين وفي اسناده أبو الخصيب وهو مجهول وسيعاد في النكاح *

التتمة فانه قال بيع العرايا صحيح من الفقراء الذين لا تقد لهم يشترون به الرطب فاما الأغنياء فخلافاً وقال الروياني في البحر قال الزنى لا يجوز إلا للمعري المضطر وأصحابنا لم يمنعوا الكلام في ذلك لأن الصحيح عندهم خلاف هذا القول وإنما يحتاج الى ذلك الحنابلة فأن المشهور عندهم أنها لا تطلق الرخصة والله أعلم * قال ابن قدامة الحنبلي متى كان غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من التمر ما يشتري به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر *

﴿ فرع ﴾ لا يشترط عندنا حاجة البائع إلى البيع جزماً خلافاً لبعض الحنابلة واشترطت الحنابلة لبقاء العقد ان يأكلها أهلها رطباً فان تركها حتى تصير تمرّاً بطل العقد ونحن نخالفهم في ذلك واشترط الخرقى من الحنابلة كونها موهوبة من بائعها كما تقدم عن مالك وقالت الحنابلة فيما إذا تركها حتى صارت تمرّاً لا فرق بين تركه لغناه عنها أو تركها لعذر أو غير عذر وأخذوا في ذلك بظاهر قوله **عليه السلام** «يأكلها أهلها رطباً» ولا دليل لهم في ذلك لأن القصد بذلك ذكر الغاية المقصودة لا الاشتراط ويلزمهم على ما قالوه أنه متى لم يأكلها بطل العقد وقد سلموا أنه لا يبطل الا بترك الأخذ ولا يبطل بترك الأكل بعد الأخذ فلو أخذها رطباً وتركها عنده أو شمسها حتى صارت تمرّاً جاز عندهم وبهذا يتبين ضعف ما اشترطوه *

﴿ فرع ﴾ تلخص مما قلناه أنه لا يشترط عندنا حاجة البائع جزماً ولا المشتري على الأصح

غرض كل واحد منهما فانه يحتاج إلى العقد بل من جانب وإلى الجرح من جانب وعلى هذا فاليه الخيرة يخاصم أيهما شاء ولو توكل رجل في طرفي النكاح أو البيع أطراف الوجهان ومنهم من قطع بالمنع لو وكل من عليه الدين بإبراء نفسه ففيه طريقان (أحدهما) التخرج على الوجهين (والثاني) القطع بالجواز كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد باعتاق نفسه والوكيل بالشراء كوكيل بالبيع في أنه لا يشتري من نفسه ولا من مل ابنه الصغير ويخرج شراؤه لابنه البالغ على الوجهين في سائر الصور (وقوله) في الكتاب اجراه ابن سريج في تولى ابن العم طرفي النكاح اتبع فيه ما رواه الإمام فانه نسب طرد الخلاف فيها إلى ابن سريج ورأيت للحناطي نحو ذلك وعامة الكتب ساكتة عنه *

قال ﴿ فان أذن له في البيع من نفسه في تولية الطرفين خلاف * أجراه ابن سريج في تولى ابن العم لطرفي النكاح * وتولى من عليه الدين أو القصاص أو الحد استيفاءه من نفسه بالوكالة * ويطرد في الوكيل من الجانبين بالخصومة ومن الجانبين في عقد النكاح والبيع * كما إذا كان وكلاً من جهة الموجب والقابل جميعاً * وان أذن له في البيع بالأجل مقدراً جاز * وان أطلق فالأصح أن العرف يقيد بالمصلحة * وقيل انه مجهول ﴾

وعند بعض الحنابلة وعند مالك يشترط حاجة البائع وحده وعند أحمد يشترط حاجة المشتري وحده قال ابن عقيل من الحنابلة يجوز لحاجة البائع أيضا كما يجوز لحاجة المشتري ويكون الشرط عنده أحدهما لا بعينه فالأقسام الممكنة الأربعة كل منها قال به قائل ومجموع الشروط التي وجدت صح البيع باتفاق القائلين بالعرايا حاجة البائع والمشتري وكونها موهوبة من البائع وكونها دون خمسة أوسق وأن يأخذها المشتري رطباً وان لا يظهر نقصان يوجب التفاوت بعد ذلك فإذا اجتمعت هذه الشروط الستة صح البيع باتفاق المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا وإذا وجد منها الثاني والرابع والسادس صح البيع باتفاق مذهب الشافعي رضي الله عنه والشرطان الأخيران لا يشترط العلم بهما حالة العقد بل إذا قد ابدى ذلك فقد بينا بطلان البيع والله أعلم *

(فرع) هل يجوز في العرايا أن يبيع جزءاً مشاعاً أو مبهماً مما على النخلة بالتمر بأن يخرص الخارص أن كل وسق مما عاها يأتي إذا جف نصف وسق فيقول وسقا مما على النخلة بنصف وسق تمر أو يخرص جميع ما عليها فيقول إنه يأتي جافاً ثمانية أوسق فيبيع نصفه شائعاً بأربعة أوسق تمرًا لم أر في ذلك نقلاً * قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وهل يجوز ذلك في الرطب بالرطب فيه ثلاثة أوجه) أحدها (يجوز وهو قول أبي علي بن خيران لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك) والثاني (لا يجوز وهو قول أبي سعيد الاصطخري لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال

إذا أذن للوكيل في البيع إلى أجل نظر ان قدر الأجل صح التوكيل وان أطلق فوجهان (أحدهما) أنه لا يصح التوكيل لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طويلاً وقصراً وهذا ما أورده في التهذيب (وأصحهما) ما ذكره في الكتاب واختيار ابن كعب أنه يصح التوكيل وعلي ما يحمل فيه ثلاثة أوجه (أظهرها) وهو المذكور في الكتاب أنه ينظر إلى المتعارف في مثله فان لم يكن فيه عرف راعى الوكيل الانفع للموكل (والثاني) له التأجيل إلى أية مدة شاء لاطلاق اللفظ (والثالث) يؤجل إلى سنة ولا يزيد عليها لأن الديون المؤجلة تنقذ بها كالدين والحرية *

قال (الثانية الوكيل بالبيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفر الثمن * وبعد التوفير لا يجوز له المنع فانه حق الغير * والوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن للمسلم اليه ويملك قبض المشتري * والوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن من حيث إنه من ثوابه ومقاصده وإن لم يصرح به فيه خلاف * ويقرب منه الخلاف في أن الوكيل باثبات الحق هل يستوفى * وباستيفاء الحق هل يخاصم فيه ثلاثة أوجه * إلا عدل أن الوكيل بالاثبات لا يستوفى * وباستيفاء يثبت ويخاصم سعيًا في الاستيفاء) *

لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل ولأن الخرص غرر وقد وردت الرخصة في جوازها في أحد الموضين فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام (والثالث) وهو قول أبي إسحق أنه إن كان نوعا واحدا لم يجز لأنه لا حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده وإن كان نوعين جاز لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده .

(الشرح) حديث زيد المذكور بهذا اللفظ في سنن أبي داود بسند صحيح لكن فيه بحث رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى نقلا فيه بيع العربية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك هكذا ومنع ذلك لا حاجة فيه لهذا الوجه لأنه يحتتمل أن يكون شك من الراوى ولا يكون للتخيير والرواية هكذا بأوفى الصحيحين من رواية عقيل عن الزهرى عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن زيد بن كنانة عن أبيه عن زيدا أيضا وقال فيه بالرطب وبالتمر هكذا بالواو فنظرنا فوجدنا ذلك من رواية صالح وهو ابن كيسان عن الزهرى وعقيل أحفظ منه فروايته مقدمة على رواية صالح ثم وجدنا الرواية عن نافع متفقة على التمر كأحد روايتي سالم فرجعنا ذلك على رواية صالح بن كيسان ثم رأينا الطبرانى في المعجم الكبير روى رواية صالح بن كيسان كما رواها النسائى وزاد فرواها أيضا من رواية الأوزاعى عن الزهرى وقال فيه بالتمر والرطب كما قال المصنف والأوزاعى وإن كان اماما لكنه غير متقن لحديث الزهرى كقتان عقيل وقد تابع عقيل على ذلك سليمان بن أبي داود عن الزهرى كذلك في معجم الطبرانى والزبيدى أيضا وهو من جلة أصحاب

أول مذكور في الفصل أن الأصحاب نقلوا وجهين في أن الوكيل بالبيع مطلقا هل يملك قبض الثمن وربما نسبوهما إلى ابن سريج (أحدهما) أنه لا يملك لأنه إنما أذن في البيع وقبض الثمن أمر وراء البيع وليس كل من يرضاه للبيع يرضاه لإثبات اليد على الثمن (وأصحهما) أنه يملكه لأنه من توابع البيع ومقتضياته فلاذن في البيع أذن فيه وإن لم يصرح به وهل يملك تسليم المبيع إذا كانت مسلما إليه أشار الأكترون إلى الجزم بأنه يملكه تعليلا بأن البيع يقتضى إزالة الملك ووجوب التسليم وقل الشيخ أبو علي الوجهان في أنه هل يملك قبض الثمن يجريان في أنه يملك تسليم المبيع وكيف لا وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن وعلى هذا جرى صاحب التهذيب وغيره ولا خلاف في أن الموكل بمقد الصرف يملك القبض والأقباض لأنه شرط صحة العقد وكذلك في السلم يقبض وكيل المسلم إليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لا محالة إذا تقرر ذلك فينظر إن باع الوكيل بشئ مؤجل بحيث يجوز له ذلك سلم المبيع إذ لا ينسب للبائع حق الحبس عند تأجيل الثمن ويجوز على ما ذكره

الزهري فقال رخص في بيع العرايا بنحوها من التمر اليابس رواه الطبراني وهذا نص وتابعهما معمر
عن الزهري فقال بنحوها تمرا ولم يرخص في غير ذلك رواه الطبراني وهذه الطرقي كلها راجعة الى
رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن زيد بن ثابت وقد روي أبو داود ذلك كما قدمته من
طريق يونس عن الزهري عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه وقال فيه بالتمر والرطب وهي الرواية
التي ذكرها المصنف والظاهر أنه نقلها من السنن فإنه سمعها وهذا طريق قوي مقاومة لطريق عقيل
فان يونس في الزهري عظيم ثم أمعنت الطلب ونظرت الحديث من مسند ابن وهب الذي هو الأصل
فان أباه داود رواه من طريقه وجدته فيه بالتمر أو الرطب بألف ملحقة بنحو كاتب الأصل والظاهر
أن ذلك غلط من الناسخ فن المتقدمين ذكروا رواية ابن وهب هذه مستدلين بها على الجواز ورواه
الطبراني من طريق ابن وهب بالجمع بينهما لكن بطريق ضعيفة ورواه الطبراني بالجمع بينهما أيضا
من طريق أسامة بن زيد عن الزهري عن خارجة بن زيد وفيه لأدري أذكر أباه أم لا وهذا يقتضي
الشك في اتصاله لكن طريقه لا تقاوم طريق أبي داود فالراجح حينئذ عن خارجة الجمع بينهما فبعد
ذلك يمكن أن يقال إن رواية ابن عمر عن زيد راجعة على رواية خارجة عن زيد كما لا يخفى
من صحة ابن عمر وجلالته وكبره حين سماعه وخارجة كان عمره في زمن أبيه بضع عشرة سنة
ويمكن أن يقال أنه إذا صح ذلك عن خارجة وفي بعض روايات ابن عمر رضي الله عنهما كما تقدم
فينبغي أن يحكم بصحة اللفظين عن زيد ويحمل أو على التخيير ويكون زيد رضي الله عنه لما فهم ذلك

الشيخ وجه مانع من التسليم لا لغرض الحبس لكن لأنه لم يفوضه إليه ثم إذا أجل الأجل لم يملك
الوكيل قبض الثمن إلا بأذن مستأنف وان باعه بثمن حال وجوزنا القبض فلا يسلم المبيع حتى يقبض
الثمن كما لو أذن فيهما صريحا فله مطالبة المشتري بتسليم الثمن فإن لم يجوز له القبض لم يكن له المطالبة
وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ولو وكله بالبيع ومنعه من قبض
الثمن لم يكن له القبض لا محالة ولو منعه من تسليم المبيع فكذلك جواب الشيخ في شرح الفروع
وقال قائلون هذا الشرط فاسد فان التسليم مستحق بالعقد ورووا عن أبي علي الطبري وغيره وجهين
في أن الوكالة هل تفسد به حتى يسقط الجعل المسمى ويقع الرجوع الى أجرة المثل ووجه الأمام رحمه
الله تعالى وجه سقوطه بأن استحقاقه مربوط بالبيع والامتناع من التسليم وكان مقابلا بشيء صحيح
وشيء فاسد فليفسد المسمى والحق أن يقال المسألة مبنية على أن في صورة الإطلاق هل للوكيل
التسليم أم لا (ان قلنا) لا فعند المنع أولى (وان قلنا) نعم فكذلك لأنه من توابع العقد وتامه كالتسليم
لا لأن تسليمه مستحق بالعقد فان المستحق هو التسليم لا تسليمه والمنوع منه تسليمه نعم لو قال امنع

عبر عنه تارة بأو وتارة بالواو وهذه أولى من أن يحكم على بعض الرواة بالوهم مع ثقته وجلالته وعلي هذا يصح استدلال ابن خيران بها على الجواز ويمكن أن يقال بالتعارض لقوة كل من الطرفين والشك في ذلك يوجب الحكم بالمنع لأن الباب باب رخصة فحق شك في شرطها بطلت وأما ترجيح رواية خارجة على رواية ابن عمر فغير ممكن والأقرب الحكم بالتعارض أو ترجيح رواية ابن عمر من الطرق الكثيرة لكثرتها واعتضادها برواية نافع وأما حمل ذلك على التخيير فيبعده رواية الزبيدي المقدمة التي فيها تقييد التمر باليابس وذلك يقتضي أن الرطب بخلافه وسندها في الطبراني جيد ومن جملة المرجحات لحديث ابن عمر رضي الله عنهما كونه ثابتاً في الصحيحين ورواية خارجة ليست كذلك وإن كان سندها صحيحاً فهذه طريقة في الترجيح يسلكها بعض المتأخرين من فقهاء الحديثين هذا ما عندي في ذلك والله عز وجل أعلم • وحديث ابن عمر رضي الله عنهما المذكور في رواية البيهقي في سننه الكبير ولفظه لا تتبايعوا التمر بالتمر تمر النخل بتمر النخل واسناده فيه محمد بن الحسين بن أحمد الفارسي عن أحمد بن سعيد الثقفي لم أعرفهما وقال في معرفة السنن والآثار هكذا روى مقيداً يعني تمر النخل بتمر النخل فاقصر المصنف رحمه الله على اللفظ الأخير وهو البذل وترك البذل منه وهو قوله التمر بالتمر وذلك جائز لأنه لا يحيل المعنى • (وأما) حديث ابن عمر لا تتبايعوا التمر بالتمر فذلك ثابت في البخاري وقد تقدمت الإشارة إلى التوقف في هذا اللفظ فإن ثبت أنه بالثاء المثلثة فيهما فهو على الحديث بدون الزيادة التي فيه مبينة بالنخل • وقول المصنف هل يجوز ذلك في الرطب بالرطب أي سواء كان على رؤوس النخل فيبعا خرسا أو كان أحدهما في الأرض فيبيع الذي على النخل خرسا بالذي على الأرض كيلا فالوجه الثلاثة في المسألتين قاله القاضي

المبيع منه فهذا للشرط فاسد لأن منع المالك عن المالك حيث يستحق إثبات اليد عليه غير جائز وفرق بين أن يقول لا تسلمه إليه وبين أن يقول امسكه وامنعه منه (وأما) الوكيل بالشراء فإن لم يسلم الموكل الثمن إليه فاشترى في الذمة فسيأتي الكلام في أن المطالبة بالثمن على من توجه في الحكم الثاني من الباب فإن سلمه إليه واشترى بعينه أو في الذمة فالقول في أنه هل يسلمه وهل يقبض المبيع بمجرد التوكيل في الشراء كالقول في أن وكيل البائع هل يسلم المبيع ويقبض الثمن بمجرد التوكيل بالمبيع هكذا هو في التهذيب والتممة ولفظ الكتاب يشعر بالجزم بتسليمه الثمن وقبض المبيع ووجهه في الوسيط بأن العرف يقتضي ذلك ويدل عليه أيضاً فإن المالك في الثمن لا يتعين إلا بالقبض فيستدعي إذا جديداً وأما المبيع فإنه متعين للمالك ولن طرد الخلاف أن يمنع العرف الفارق بين الطرفين وأن المعنى الثاني فلو كان به اعتبار لوجب أن يجزم بقبض وكيل البائع الثمن إذا كان معيناً ولم يفرقوا

أبو الطيب وابن الصباغ والحاملي والعمراني والاقرب في عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الأرض لأنه قال هل يجوز ذلك وإشارة إلى المسألة السابقة وصورتها إذا كان أحدهما في الأرض وكذلك القاضي أبو الطيب صور المسألة ثم ذكر فرع جريان الأوجه الثلاثة في الصورة الأخرى والأوجه المذكورة مشهورة حكاهما القاضي أبو الطيب والماوردي والحاملي والجرجاني والمتولي وابن الصباغ وآخرون وليس للشافعي نص في هذه المسألة على ما يقتضيه كلام ابن سريج الآتي ذكره واسكنها أوجه للأصحاب (أحدها) أنه يجوز مطلقاً أن يباع الرطب بالرطب خرصاً فيهما سواء كانا نوعاً واحداً أو نوعين وهو قول أبي علي بن خيران واستدل بالحديث الذي ذكره المصنف وذكره بأو وكأنه اعتقدها للتخيير وقد عرفت الجواب عنه جواباً متقناً محرراً (والثاني) وهو الصحيح أنه لا يجوز مطلقاً ولا يجوز إلا بالتمر وعراه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي وابن الصباغ والمصنف إلى الاصطخري وقال الماوردي إن هذا مذهب الشافعي وقال أبو حامد أنه أشبهه بمذهب الشافعي وقال الحاملي في التجريد والمجموع مع ذلك إنه ظاهر المذهب ومن صححه الروياني في البحر وقال صاحب التهذيب إنه المذهب واستدل به القاضي أبو الطيب بأن الأصل تحريم المزبنة

في رواية الوجهين بين أن يبيع بضمن معين أو في الذمة (وقوله) في الكتاب وبعد التوفير لا يجوز له المنع فإنه حق الغير أراد به ما ذكره الامام رحمه الله تعالى من أن المشتري إذا وفر الثمن على الموكل أو على الوكيل إذا جوزنا له القبض فالوكيل يسلمه المبيع وإن لم يأذن له الموكل في تسليمه لأن أداء الثمن إذا وفر صار قبض المبيع مستحقاً للمشتري الانفراد بأخذه فأن أخذه المشتري فذاك وإن سلمه الوكيل فالأمر محمول على أخذ المشتري ولا حكم للتسليم ثم قرب من الخلاف في أن الوكيل بالبيع هل يقبض الثمن الخلاف في مسألة أخرى وهي أن الوكيل باستيفاء الحق هل يثبت ويقم البينة عند انكار من عليه فيه وجهان عند ابن سريج (أصحهما) لا لأنه لم يوكل إلا بالقبض وقد يرضى للقبض من لا يرضاه للخصومة (والثاني) نعم لأنه لا يمكن من الاستيفاء عند انكار من عليه الإثبات فلم يمكن مما يتوصل به إلى الاستيفاء ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الموكل باستيفائه عيناً أو ديناً وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إن كان ديناً ملك الأثبات وإن كان عيناً لم يملكه وأما أن الوكيل بالأثبات هل يستوفى بعد الإثبات فيه طريقان (أحدهما) أن فيه وجهين أيضاً كالوجهين في أن الوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن لأنه من توابع الإثبات ومقاصده كقبض الثمن بالإضافة إلى البيع (وأظهرهما) القطع بالمنع لأن الاستيفاء يقع بعد الإثبات فليس ذلك نفس المأذون فيه ولا وادعة بخلاف العكس وبخلاف مسألة قبض الثمن لأنه إذا وكله بالبيع أقامه مقام

الا ما استثنى منه والرخصة وردت مقيدة بالتمر كما تقدم فيبقى فيما عداه على الاصل وهو التحريم والحديث الذي ذكره المصنف ان ثبت نص في ذلك وان لم يثبت فالتشيل بالأصل المقتضى للتحريم كاف في ذلك وأيضا الاصل في العقود الربوية التحريم كما تقدم غير مرة (فان قلت) المصنف رحمه الله لم لاسلاك هذه الطريقة التي سلكها شيخه وهي أقرب مما سلكه وهو التعليل بكثرة الغرر وقياس ذلك على شرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام فان التمسك بادراجها تحت نص خاص أولى من قياس مستند الى نص عام (قلت) ما فعله المصنف أولى لان المزاينة تقدم أنها مفسرة ببيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر وأما بيع الرطب بالرطب فهو وان كان أكثر غررا وأحق بالبطلان لـكن يمكن النزاع في دخوله تحت اسم المزاينة نـصا وإنما يدخل تحت حكمها اما بطريق أولى فيكون من مفهوم الموافقة وأما بالقياس عند من يقارن بينهما وهو الصحيح واذا ثبت ذلك فكل واحد من مفهوم الموافقة والقياس شرطه بقاء أصله فمتى بطلت دلالة الأصل بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة الأصل فيما دون خمسة أوسق فيتبعها دلالة المفهوم والقياس في ذلك العقد وان بقي في الزائد لبقاء أصله فلذلك والله أعلم عدل المصنف عن

نفسه فيه وانه عقد يتضمن عهداً منها تسليم المبيع وقبض الثمن فجاز أن يكون من قضاياه وأما الاثبات فليس فيه ما يتضمن التراما قال في التتمة الخلاف في الصورة الثانية في الاموال أما القصاص والحد فلا يستوفيهما بحال وحكي القاضي ابن كـج عن ابن خيران أنه على الوجهين وإذا جمعت بين الأمرين الاستيفاء والاثبات وقلت الوكيل باحدهما هل يملك الثاني حصل في الجواب ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب لـكن تسمية الوجه الفارق أعـدل الوجوه ربما أوهـم ترجيحه والظاهر عند الاصحاب أنه لا يفيد واحد منهما الثاني *

(فرع) عرفت أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن فلو فعل غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء أو كان الثمن أكثر وإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغير محتمل فيغرمه جميع القيمة أو يحط عنه قدر الثمن لصحة البيع بذلك الثمن فيه وجهان (أحدهما) أولهما ولو باع بغير فاحش بأذن الموكل فقياس الوجه الثاني أن لا يغرم إلا قدر الثمن ثم لو قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل واسترد المعروف *

قال في الثالثة أن الوكيل بالشراء إذا اشترى معيياً بشئ مثله وجهل العيب وقع عن الموكل وان علم فوجهان * وان كان بغير وعلم لم يقع عن الموكل * وان جهل فوجهان * ثم مما جهل الوكيل فله الرد (و) الا اذا كان العبد معيئاً من جهة الموكل فوجهان في الرد * وحيث يكون

ذلك إلى ما ذكره ويحق له ذلك وهو المبرز في علم النظر فعلى قول المصنف المعتمد في ذلك النهى عن الغرر ويجعل الرخصة الواردة في الرطب بالتمر مستثناة منه ولا يضره في ذلك كونها مستثناة من المزابنة لأن المزابنة نوع من الغرر والمستثنى من النوع مستثنى من الجنس والوصف المقتضى لاحاقه بما زاد على الثلاث مركب من شيئين الغرر وكون ذلك على سبيل الرخصة وأحدهما بمجرد ليس كافياً في التعليل والله أعلم * ومن صح هذا القول القاضي أبو الطيب فيما حكى الشاشي عنه والرويانى في البحر والبعوى والرائى ويقتضيه إيراد الجرجاني (والوجه الثالث) وهو قول أبي اسحق المروزي واختلفت عبارة الاصحاب عنه فالذى قاله أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف والمتولى أنه ان كانا نوعاً واحداً لم يجوز وان كانا نوعين يجوز كالرطب المعقل بالتمر البرنى والرطب البرنى بالتمر المعقل وما أشبهه وأطلقوا ذلك فيما اذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض وقال المحاملى وأبو حامد فيما حكى عنه صاحب العدة والرويانى والماوردي يجوز اذا كان الرطبان على رؤوس النخل وكانا نوعين أما اذا كان أحدهما على الأرض لا يجوز مطلقاً وكذلك امام الحرمين حكى الوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين كما حكاها المحاملى من غير تعيين أبي اسحق قال امام الحرمين فان كان الغرض الذى أشار اليه الخبر أن يستبدل رطباً على الشجر يأكله على مر الزمن

الوكيل عالماً فلا رد له * وفي الموكل وجهان * اذ قد يقوم علم الوكيل مقام علم الموكل كما في رؤيته * ومما ثبت الخيار لم يسقط برضا الوكيل حق الموكل ويسقط برضا الموكل رد الوكيل * الوكيل بالشراء اما أن يكون وكيلاً بشراء شيء موصوف فلا يشتري الا السليم لان قضية الاطلاق السلامة ألا ترى أنه اذا أسلم في شيء موصوف استحق السليم منه ويخالف عامل القراض حيث يجوز له شراء المغيب وههنا المقصود الادخار اذ يجوز أن يكون الادخار والاقتناء مقصوداً وانما يقتني السليم دون المغيب وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز للوكيل شراء المغيب فلو خالف ما ذكرناه واشترى المغيب نظر ان كان مع العيب يساوى ما اشتراه به فان جهل العيب وقع عن الموكل وان علمه فتلاثة أوجه (أظهرها) أن لا يقع عنه لتقييد الاذن بالسليم (والثاني) يقع لانه لا نقصان في المالية والصيغة عامة (والثالث) يفرق بين ما يمنع من الاجزاء في الكفارة اذا كان المبيع عبداً وبينما لا يمنع حملاً لقوله اشترى رقبته على ما حمل عليه قوله تعالى (فتحرير رقبة) قال الامام رحمه الله تعالى وصاحب هذا الوجه يستثنى الكفر فانه يمنع من الاجزاء في الكفارة ويجوز للوكيل شراء الكافر وان كان لا يساوى ما اشتراه به فان علم لم يقع عن الموكل وان جهل فوجهان (أصحهما) عند الامام أنه لا يقع أيضاً عنه لان الغيب يمنع عن الموكل مع سلامة المبيع وأن لم يعرف الوكيل فعند العيب أولى وأوقفهما الكلام الاكثرين أنه يقع عنه كما لو اشترى لنفسه جاهلاً

والرطب على الارض بين أن يفسد وبين أن يحف وزاد الامام على المحاملى زيادة سأعرض لها في فرع مفرد قريبا ان شاء الله تعالى • وقد احتج أبو اسحق لقوله بما ذكره المصنف وأجاب الشيخ أبو حامد بان طعم أحد النوعين يقارب طعم الآخر فلا تدعو الحاجة الى إجازة ذلك وروى هذه الاوجه الثلاثة ووجه رابع أنه يجوز بيع الرطب على الارض بالرطب على النخل بكل حال لانه أدوم نفعاً أى سواء كانا نوعاً أو نوعين ويجوز ما على النخل بما على النخل اذا كانا من نوعين ولا يجوز اذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة ونقله الماوردى والرويانى عن ابن أبي هريرة وقد رأيت في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الارض ولم يذكر إذا كانا على النخل والله أعلم • فجملة الاوجه فى المسألة أربعة وقد جمعها الماوردى وحكاها كذلك وتبعه صاحب البحر وما نقله المحاملى والماوردى ومن تبعهما يمكن أن ينزل عليه كلام من أطلق فان كان الامر كذلك فيجب تقييد كلام المصنف فى قوله وان كانا نوعين جاز اذا كان على النخل ولكن هذا التقييد ينافيه كلام أبى الطيب فانه صرح فى جريان الاوجه الثلاثة فيما اذا كان أحدهما على الارض فان جمعنا بين النقلين جاءت خمسة أوجه فى المسألة وكذلك فعل ابن الرفعة فى المطلب وفيه بعدلان

ويفارق مجرد الغبن فانه لا يثبت الخيار فلو صح البيع ورفع عن الموكل للزم ولحقه الضرر والعيب يثبت الخيار والحكم بوقوعه عنه لا يورطه فى الضرر وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل فينظر ان كان الوكيل جاهلاً فلموكل الرد إذا اطلع لانه المالك وأما الوكيل فعن صاحب التقرير رواية وجه عن ابن سريج أنه لا ينفرد بالرد لانه كان مأذونا فى الشراء دون الفسخ وظاهر المذهب أنه ينفرد لمعينين (أحدهما) أنه اقامه مقام نفسه فى هذا العقد ولواحقه (والثانى) أنه لو لم يكن له الرد الى استئذان الموكل فر بما لا يرضى الموكل فيتعذر الرد لكونه على الفور ويبقى المبيع كلاً على الوكيل وفيه ضرر ظاهر وهذا هو المعتمد عند الاصحاب لـكن فيه اشكال لانا لو لم نثبت له الرد لكان كسائر الاجانب عن العقد فلا أثر لتأخره وأيضاً فان من له الرد قد يعذر فى التأخير لاسباب داعية اليه فهلا كانت مشاورة الموكل عذراً وأيضاً فانه وان تعذر منه الرد فلا يتعذر بنفس الرد اذا الموكل يرد اذا كان قد سماه فى العقد أو نواه على ان فى كون المبيع الموكل وفى الرد منه بتقدير تعذر كونه له خلافاً وسيأتى جميع ذلك فى الفصل وان كان الوكيل عالماً فلا رد له وفى الموكل وجهان (أحدهما) أنه لا رد له أيضاً لانه نزل الوكيل منزلة نفسه فى العقد والاخذ فيكون اطلاعه على العيب كاطلاع الموكل كما أن رؤيته كرؤيته واخراج العقد عن أن يكون على قولى شراء الغائب (وأصحها) أن له الرد لأن اطلاعه ورضاه بعد العقد لا يسقط حق الرد للموكل فكذلك اطلاعه فى الابتداء وعلى هذا فينتقل الملك إلى الوكيل أو يفسخ العقد من

الشخص المنقول عنه واحد وهو أبو اسحق فكيف يحكى ذلك وجهين الا أن يكون اختلاف قوله في وقتين والاقرب أن ذلك اختلاف علة من الناقين و ينبغي أن يقصد الجمع بينهما و يبقى تجويز النقل أن يقول قيل كذا ولا يقول فيه وجهان لانه لم يثبت أنهما وجهان وقد نقل في كل منهما أنه قيل وعبر الغزالي في الوسيط بعبارة لا توجد في كلام غيره (والثاني) أن كان أحدهما موضوعا جاز وان كان على الشجرة فلا وهذا وهم بلا شك وكأنه مل القلم فأراد أن يكتب ان كان أحدهما على الأرض لم يحز وان كانا على الشجر جاز كما هو في النهاية فانقلب عليه هذا مالا أشك فيه وقال الجوزي اذا كان للرجل نوع من الرطب جاز أن يشتري نوعا آخر من الرطب ليس عنده خرصا كالعرايا هذا جواب ابن خيران وقال ابن سريج لم يتعرض الشافعي لهذا واذا صح الحديث جاز والحديث صحيح وذكر حديث خارجة بن زيد عن أبيه من طزريق ابن وهب ومن طريق صالح بن كيسان وهذا من ابن سريج والجوزي موافقة لابن خيران أو لابي اسحق *

﴿ فرغ ﴾ اذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض هل المعتبر فيه الخرص

أصله حكى الأمام رحمه الله فيه وجهين قال من قال بالأول كأنه يقول انعقاد العقد موقوفا إلى أن يتبين الحال والا فيستحيل ارتداد الملك عن الموكل الى الوكيل وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد للوكيل مع علم الوكيل بالعيب والمذهب خلافه (الحالة الثانية) أن يكون وكيلا بشراء شيء معين فان لم ينفرد الوكيل في الحالة الأولى بالرد فهو ههنا أولى وان انفرد فههنا وجهان (وجه المنع) أنه ربما يتعلق الغرض بعينه فينتظر مشاورته (ووجه الجواز) وهو الأصح والمنصوص في اختلاف العراقيين أن الظاهر أنه بعينه شرط السلامة ولم يذكروا في هذه الحالة أنه متى يقع عن الموكل ومتى لا يقع والقياس أنه كما سبق في الحالة الأولى نعم لو كان المبيع معيبا يساوى ما اشتراه به وهو عالم فايقاعه عن الموكل ههنا أولى لجواز تعلق الغرض بعينه وجميع ما ذكرناه في الحالتين مفروض فيما إذا اشترى بشئ في الذمة أما اذا كان الثمن بعين مال الموكل فحيث قلنا هناك لا يقع عن الموكل فههنا لا يصح أصلا وحيث قلنا يقع فكذلك ههنا وهل للوكيل الرد فيه وجهان (أصحهما) لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنيان على المعنيين السابقين إن عللنا انفراجه بالرد فانه اقامه مقام نفسه في العقد ولو احقه فكذلك ههنا وان عللنا بأنه لو أخر ربما لزم العقد فصار المبيع كالأعلى فلا لأن المشتري بملك الغير لا يقع له بحال (واعلم) أنه اذا ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ورضى سقط خيار الوكيل بخلاف الرد فان رضى المالك بحظه فمن الرجح ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره واذا أخر أو صرح بالزام العقد فهل له العود إلى الرد لان أصل الحق باق بحاله وهو نائب أم لا وكأنه

أو الكيل كلام الراعي رضي الله عنه يقتضي أنه الكيل والذي رأيته في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة خلافه فإنه قال ويجوز أن يباع الرطب بالحرص بالرطب الموضوع بالأرض بالحرص إذا نقص عن خمسة أوسق •

(فرع) عرفت أن الأصح من الأوجه الثلاثة المنع مطلقاً وقد شد ابن أبي عصرون فصيح قول أبي إسحق أنه إذا اختلف نوعها صح •

(فرع) إذا كان الرطب بالرطب كلاً على الأرض لم يجز جزم بذلك صاحب الشامل وصاحب البحر وصاحب التهذيب لأنه يتسارع إليه الجفاف أو الفساد فلا يحصل التقصود وهو أكل الرطب على الإمام وحكي القفال في شرح التلخيص فيه وجهين وقال المتولي أن فيه الأوجه الثلاثة وقال إمام الحرمين في حكاية الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين في بيع الرطب بالرطب (الثالث) الفصل بين أن يكون الرطبان أو أحدهما على الأرض فيمتنع أو يكونا على الشجر فيجوز وهذا يقتضي أن أحد الأوجه قائل بالجواز مطلقاً إذا كانا على الأرض أو أحدهما ولم أجد في طريق العراقيين من نص على الجواز فيما إذا كانا على الأرض ولا يحكى فيه خلافاً وإنما الخلاف في ذلك في

بالتأخير أو الأتزام عزل نفسه عن الرد وههنا (أظهرهما) الثاني وإذا قلنا به أو أثبتنا له العود ولم يعد فاذا اطلع الموكل عليه وأراد الرد فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء أو نواه وصدقه البائع عليه وإلا فوجهان (أحدهما) وهو المذكور في التهذيب والتتمة أنه يردده على الوكيل ويلزم المبيع لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل فيصرف إليه (والثاني) وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه أن المبيع يكون للموكل والرد قد فات لتفريط الوكيل وما الذي يضمن قال أبو يحيى الباخي قدر نقصان قيمته من الثمن ولو كانت القيمة تسعين والثن مائة يرجع بعشرة ولو تساوى فلا رجوع وقال الأكثرون يرجع بارش العيب لأنه فات الرد بغير تقصيره فكان له الأرض كما لو تعذر الرد بعيب حادث إلا أن هناك يوجد الأرض من البائع لتلبيسه وههنا من الوكيل لتقصيره ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع أجزه حتى يحضر الموكل لم يلزمه الأجابة بل له الرد اثلاً يصير المبيع كالأعلى أو يلزمه الغرم ولأن الرد حيث ثبت له فلا يكلف تأخيره وإذا رد ثم حضر الموكل ورضيه احتاج إلى استئناف شراء ولو أخره كما التمس البائع فحضر الموكل ولم يرض به قال في التهذيب للمبيع للوكيل ولا رد لتأخيره مع الأمكان وقيل له الرد لأنه لم يرض بالعيب قال وهو ضعيف ولك أن تقول له أنت وسائر النقلة متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب ثم حضر الموكل وأراد الرد فله ذلك إذا كان الوكيل قد سماه أو نواه وههنا الوكيل والموكل والبائع يتصادقون على أن الشراء للموكل

طريقة الخراسانيين ومن حكى الأوجه الثلاثة فيه صاحب التتمة وإذا جوزنا ذلك فهل يباع خرصاً أو كيلاً الذي يقتضيه كلام القفال رضى الله عنه وصاحب التتمة الأول فانه قل فأما بيع الرطب بالرطب خرصاً وهما موضوعان على الأرض أو بيع الرطب على رأس الشجر بالرطب خرصاً فعلى وجهين (أحدهما) يجوز لأن بيع الرطب بالتمر فيه وجهان خرصه رطباً ثم خرصه تمرّاً ومع ذلك يجوز وإذا كان الرطب على الأرض فليس فيه إلا جهالة واحدة وهو أن يقول خرصها تمرّاً كذا ويعلم مقدارها في الحال فهذا بالجواز أولى هذا ما رأيته في شرح التلخيص للقفال ونقل الرافعي رحمه الله تعالى أن القفال ذكر في شرح التلخيص أنه على الخلاف لأنه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رأس النخل خرصاً واحتمات الجهالة فلا يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين كان أولى فأوهم هذا النقل أمرين (أحدهما) أن القفال جعل بيع الرطب بالرطب المقطوع على الأوجه الثلاثة وليس في كلامه إلا ذكر وجهين (والثاني) أنه يكون البيع في ذلك كيلاً والقفال إنما قال خرصاً وكذلك صاحب التتمة نعم رطباً بل يخرص ما يحىء منهما تمرّاً فحسب والذي يقتضيه ذلك أنه إذا علم أن كيل هذا الرطب الآن أربعة أوسق وكيل الرطب الآخر أربعة ونصف وخرص ما يحىء منهما تمرّاً

فلا بد وأن يكون قد سماه ونواه ووجب أن يقال للبيع للموكل وله الرد ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع إنه قد عرفه للموكل ورضى به وليس لك الرد نظر إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه لم يلتفت إلى قوله وإن احتمل وأنكر الوكيل حاف على نفي العلم برضى الموكل لأنه لو أقر به للزمه حكم إقراره وعن أبي حامد القاضي وغيره وجه آخر أنه لا يخاف والمذهب الأول وقوله في المختصر وإن وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كمن له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف أنه ماضى به إلا ما وول عند الأصحاب محمول على ما إذا لم يكن ما يدعيه محتملاً أو على ما إذا احتمل طالب اليقين منه على البت أو على ما إذا لم يجزم بالدعوى بل قال أجز فاعله بالخبر ورضى به ومنهم من غلط المزي في النقل وقال أنه أدخل جواب مسألة في مسألة إذا عرفت ذلك فإذا عرضنا اليقين على الوكيل لم يحل أما أن يحلف أو ينكل أن حاف رده فإن حضر الموكل وصدق البائع فعن ابن سريج أن له استرداد المبيع من البائع لموافقته إياه على الرد وفي التتمة أن القاضي الحسين قل لا تسترد وينفذ فسخ الوكيل فإن نكل حلف البائع وستطرد الوكيل ثم إذا حضر الموكل وصدق البائع فذاك وإن كذبه قال في التهذيب لزم العقد للوكيل ولا رد له لا بطلاله الحق بالنكول وفيه من الاشكال ما قدمناه هذا كله في طرف الشراء أما الوكيل بالبيع إذا باع فوجد المشتري بالبيع عيباً رده عليه إن لم يعلمه وكيلاً وإن علمه وكيلاً رده عليه إن شاء ثم هو يرد على الموكل وعلى الوكيل إن شاء

فكانا سواء أنه يجوز البيع ولا اعتبار بالتفاضل في الكيل الآن فينبذ تحقيق الكيل في الجانبين لا أثر له إلا تخفيف غرر خرصه تمرأ فانه يكون حينئذ أقل خطأ فتنبه لذلك فان ما نقله الرافعي رضي الله عنه عن القفال يوم أنه لو باع صاع رطب بصاع رطب مقطوعين صح من غير اعتبار الخرص وليس في كلام القفال ذلك والله أعلم * وقد تابع الرافعي على ذلك ابن الرزمة فقال ان معياره الكيل كما قاله الرافعي وهو وهم والمناقشة في هذا الفرع تقرب من المناقشة في الفرع المتقدم قريباً في بيع الرطب على النخل بالرطب المقطوع على الأرض وقال القاضي حسين في تعليقه لا خلاف أن بيع الرطب بالتمر كيلاً على الأرض أو على الشجر من غير اعتبار المآل لا يجوز وهي المزابنة فهذا نص القاضي أكبر تلامذة القفال وأعلم بكلامه وبالجملة فما أوهمه كلام الرافعي غير مقبول والله سبحانه أعلم ﴿ فائدة ﴾ أربع مسائل تنبني على أصل واحد وهو أن العرية جوزت للحاجة أو رخصة فعلى الأول لا تصح إلا في التمر والرطب على النخل للفتراء وعلى الثاني تصح مع الاغنياء بالرطب على الأرض وإذا كانا رطبين من الجانبين قالها القاضي حسين *

وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب فيه قولان عن ابن سريج ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري وصدق الوكيل المشتري رد المشتري على الوكيل ولم يرد الركيل على الموكل * ﴿ فرع ﴾ سبأني في القراض أن الوكيل بالشراء هل يشتري من يعتق على الموكل ان قلنا يشتريه فلو كان معيباً فلو وكيل رده لانه لا يعتق على الموكل قبل الرضى بالعيب ذكره في التهذيب * قال ﴿ الرابعة الوكيل بتصرف معين لا يوكل الا اذا أذن له فيه * فلو وكل بتصرفات كثيرة وأذن في التوكيل وكل * وان اطلق فثلاثة أوجه * وفي الثالث يوكل في المقدار المعجوز عنه ويباشر الباقي * ثم لا يوكل الا أميناً رعاية للعبطة ﴾

مقصود الفصل الكلام في أن الوكيل هل يوكل لا يخلو اما أن ياذن له الموكل في التوكيل صريحاً أو يسكت عنه ان سكت عنه فينظر ان كان أمراً يتأني له الاتيان به لم يوكل فيه لانه لم يرض بتصرف غيره وان لم يتأت ذلك منه اما لانه لا يحسن أو لان الاتيان به لا يليق بمنصبه فله التوكيل فيه لان الشخص لا يقصد منه الا الاستئابة فيه وفيه وجه أنه لا يوكل لقصور قضية اللفظ ولو كثرت التصرفات التي وكل بها ولم يمكنه الاتيان بالكل ان كثرتها ففيه ثلاثة طرق (أحدها) أنه يوكل فيما يزيد على قدر الامكان وفي قدر الامكان وجهان (أحدهما) يوكل فيه أيضاً لانه ملك التوكيل في البعض فيوكل في الكل كما لو أذن صريحاً (وأحدهما) أنه لا يوكل في القدر المقدور له لانه لا ضرورة اليه (والثانية) أنه لا يوكل في قدر الامكان وفيما يزيد عليه وجهان (الثالثة) اطلاق

(فرع) بيع التمر بالرطب على الارض قال المحاملي لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز ذلك ظاهر على طريقة العراقيين في اتفاقهم على منع بيع الرطب بالرطب وهما على الارض أما المراوزة فقد تقدم الخلاف عندهم في الرطب بالرطب وهما على الارض فلا جرم ذكرنا أيضا خلافا في الرطب بالتمر قل انقاضي حين وجهان (أحدهما) لا يجوز لان المعنى الذي جوزت له العرية وهو الانتفاع على مرور الايام لا يتحقق لانها لا تجف في الحال (والثاني) يجوز لأنها جاز على النخلة مع الحرص فلأن يجوز مع يسهه والاحاطة به أولى وقال الامام إن بنينا الباب على الاتباع امتنع وان جعلنا الحرص أصلا سوغنا وسيأتي قول الامام الذي ادعي فيه أن الحرص أصل مع تلوم وقد تقدم التعرض لهذه المسألة والتنبيه على الجزم بأن ذلك لا يجري في غير العرايا والله أعلم .

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

(ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة والمحاولة والمزابنة) فالمحاولة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤس النخل بمائة فرق والخبارة كراء الارض بالثلث والرابع •

الوجهين في الكل قال الامام رحمه الله تعالى والخلاف على اختلاف الطرق ناظر الى اللفظ والقرينة وفي القرينة تردد في التعميم والتخصيص أما اذا أذن له في التوكيل فله أن يوكل ثم له ثلاث صور لانه اما أن يقول وكل عن نفسك أو وكل عني أو يطلق (الصورة الاولى) اذا قال وكل عن نفسك ففعل انزل الثاني بعزل الأول لانه نائبه وفيه وجه أنه لا ينزل الا بالاذن واجرى هذا الخلاف في انزاله بموت الأول وجنونه (والاصح) الانزال ولو عزل الموكل الوكيل للأول انزل وفي انزال الثاني بانزاله هذا الخلاف ولو عزل الثاني ففي انزاله وجهان (أحدهما) لا ينزل لانه ليس بوكيل من جهته (وأصحهما) أنه ينزل كما ينزل بموته وجنونه والعبارة المعبرة عن هذا الخلاف أن الثاني وكيل الوكيل كما صرح به في التوكيل أو وكيل الأول ومعني كلامه أقم غيرك مقام نفسك والاصح أنه وكيل الوكيل لكنه اذا كان وكيل الوكيل كان فرع الفرع وفرع الفرع الأصل فينزل بانزاله (الصورة الثانية) اذا قال وكل عني ففعل فالثاني وكيل الموكل كالاول وله عزل أيهما شاء وليس لواحد منهما عزل الآخر ولا ينزل بانزال الآخر (الثالثة) اذا قال وكلتك بكذا وأذنت لك في أن توكل به وكلا ولم يقل عني ولا عن نفسك ففيه وجهان (أحدهما) ان الحكم كما في الصورة الاولى لان المقصود في الاذن في التوكيل تسهيل الامر عليه (وأصحهما) أنه كالصورة الثانية لان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عنه واذا

﴿الشرح﴾ حديث جابر رضى الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ وقال البيهقي إن البخاري رواه ولم أره في البخاري إلا من رواية أبي سعيد الخدري وما ذكره المصنف ذكره الشافعي هكذا روي في مسند الشافعي من طريق الربيع عنه وكذلك هو في الأم في باب المزابنة والتفسير يحتمل أن يكون من قول جابر فإن في مسلم في الرواية قال عطاء فسر لنا جابر قال أما الخابرة فالارض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من التمر وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كيلا وفي رواية أخرى في مسلم المحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر والخابرة الثلث والرابع وأشبهه ذلك وفي هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة ثم قال الراوي قلت لعطاء بن أبي رباح أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ قال نعم وظاهره أن التفسير من قول النبي ﷺ وعندى فيه توقف لأن الراوي الأول عن عطاء الذي ميز التفسير من الحديث أجل من راوي الرواية الأخرى المحتملة وقوله بمائة فرق المقصود بذلك على جهة المثال لأنه تحديد • والامام

جوزنا للوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه فينبغي أن يوكل عن موكله فلو وكاه عن نفسه ففيه وجهان وهذا لأن القرينة المجوزة للتوكيل كالإذن في مطلق التوكيل ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل أن يوكل أميناً رعاية لمصلحة الموكل إلا أن يعين له من ليس بأمين ولو وکل أميناً ففسق فهل له عزله فيه وجهان •

﴿فرع﴾ إذا وكاه بنصرف وقال له افعل فيه ما شئت هل يكون ذلك كالإذن في التوكيل فيه وجهان عن ابن سريج (أصحهما) لا وقوله افعل ما شئت ينصرف إلى تصرفه بنفسه (وقوله) في الكتاب الوكيل بتصرف معين لا يوكل إلا إذا أذن فيه غير معمول بظاهره بل المعنى إلا إذا كان الموكل فيه مالا يتأتى للوكيل مباشرته فإن الظاهر جواز التوكيل والحالة هذه كما تقرر (وقوله) فإن أطلق فتلاثة أوجه هي حاصل ما يخرج من الطرق الثلاثة التي قدمناها واعلم أن الصورة المذكورة في أول الباب إلى هذه الغاية موضوعة في الوكيل المطلق ومن هذا الموضع إلى آخره في التوكيل المقرون بضرب من التقيد • قال ﴿الخامسة تتبع مخصصات الموكل • فلو قال بع من زيد لم يبيع من غيره • وإن خصص زماناً تعين • وإن خصص سوقاً متفاوتت بها الغرض تعين والا فلا • وإذا صرح بالشيء عن غير المخصوص امتنع قطعاً • ولو قال بع بمائة يبيع بما فوقه إلا إذا نهاه عنه • ولا يبيع بما دونه بحال • ولو قال اشتر بمائة يشتري بما دونها إلا إذا نهاه • ولا يشتري بما فوقها بحال • ولو قال بع بمائة نسيئة فباع نقداً بمائة • أو قال اشتر بمائة نقداً فاشترى بمائة نسيئة فوجهان لأن التفاوت فيه يشبه

الشافعي رضي الله عنه روى في الأم سؤال ابن جريج لعطاء وإن جابرا فسرهما لهم ثم قال الشافعي وتفسير المحاقلة والمزابنة في الأحاديث يحتمل أن يكون على رواية من هو دونه والله أعلم * وقال أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث سمعت غير واحد ولا أتبين من أهل العلم ذكر كل واحد منهم طائفة من هذا التفسير فقالوا المحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر وهو مأخوذ من الحقل والحقل هو الذي يسميه أهل العراق القداح يعني الأرض المعدة للزراعة كما اقتضاه كلام غيره وصرح به ابن باطيش وهو في مثل يقال لا تنبت البقلة إلى الحلقة والحقل السنبيل قال الماوردي جاء عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام في محقه « يعني في سنبله قالوا والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر * وقال أبو عبيد في الخابرة هي المزارعة بالنصف والثالث والرابع فأقل من ذلك وأكثر وهو الخير أيضا وكان أبو عبيدة يقول بهذا سمي الأكار الخبير لأنه يخبر الأرض والخابرة المذاكرة قال ابن باطيش وقيل إن أصابها مشتق من خير لأن النبي ﷺ أقر أهل خيبر عليها لما فتحها على أن لهم النصف من ثمارهم وزرعهم وعليهم العمل قليل قد خابروهم أي عاملهم بخير وهذا التفسير مطابق لمذهب الشافعي رحمه الله تعالى

اختلاف الجنس * ولا خلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يحز وفيه احتمال * الأصل في هذه الصورة وما بعدها أنه يجب النظر بتقييدات الموكل في الوكالة ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها بحسب العرف وفي الفصل صور (أحدها) إذا عين الموكل شخصا بأن قال بع من زيد أو وقتا بأن قال بع في يوم كذا لم يحز أن يبيع من غيره ولا قبل ذلك الزمان ولا بعده أما الأول فلأن ذلك الشخص المعين قد يكون أقرب إلى الحل وأبعد عن الشبهة وربما يريد تخصيصه بذلك المبيع وأما الثاني فلا لأنه ربما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت ولو عين مكانا من سوق ونحوها نظر أن كان له في المكان المعين غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يحز أن يبيع في غيره وإن لم يكن غرض ظاهر فوجهان (أحدهما) يجوز والتعيين في مثل ذلك يقع اتفاقا هذا ما أورده في الكتاب وبه قال القاضي أبو حامد وقطع به الغزالي (والثاني) لا يجوز لأنه ربما يكون له غرض لا يطلع عليه وهذا أصح عند ابن الفطان وصاحب التهذيب ولو نهاه صريحا عن البيع في غير ذلك للموضع امتنع بلا خلاف وذكر ابن كعب أن قوله بع في بلد كذا كقوله بع في سوق كذا حتى لو باعه في بلد آخر جاء فيه التفصيل المذكور وهذا صحيح وإن كان يصير ضامنا للمال لنقله من ذلك البلد وكذا الثمن يكون مضمونا في يده بل لو أطلق التوكيل بالبيع وهو في بلد فليبعه في ذلك البلد ولو نقله صار ضامنا (الثانية) لو قال بع بمائة درهم لم يبيع بما دونها وله أن يبيع بما فوقها والمقصود من التقدير أن لا ينقص ثمنها عن المقدّر نعم لو نهاه صريحا لم يبيع بما فوقها وحكي العبادي أن

وذكر أصحابنا أن المحاقلة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وهو المخابرة وقد يقال استكراء الأرض في الحنطة واستدلوا على ذلك بما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة قال الشيخ أبو حامد وغيره وما قلناه أولى يعني بعد تعارض الروايتين لأن اللغة تشهد له وذلك أن هذه اللفظة من الحقل وهو الزرع ويقال الحقل القداح المزوعة والحوائل المزارع قال أبو الطيب وكذلك لا يصح إجارته بحال لأنه قال في شرح التلخيص إن الحقل الأرض البيضاء وروى الشافعي رضي الله عنه ومسلم بن الحجاج في الصحيح عن سعيد بن المسيب في مرسلاته تفسير المحاقلة بالامرین جميعاً قال الشيخ أبو حامد فثبت التفسير الذي ذكرنا يعني أنه مستعمل في ذلك فاما استعماله في المعنى الآخر فيمكن أن يقال إن ذلك مرسل مخالف للقياس لأن الأجرة بدل من منافع الأرض وليس في كون الحب أجرة لمنافع الأرض معني يوجب فساد العقد ويمكن أن يقال إن هذا المرسل يعتضد بحديث أبي سعيد وتكلم في وجه القياس في ذلك ومحل ذلك ينبغي أن يكون في كتاب الأجرة وإنما نتكلم هنا في الزبانية قال الماوردي وغيره الزبانية في اللغة المدافعة ولهذا سميت الزبانية لأنهم يدفعون إلى النار وقالوا زبنت الناقة برجلها إذا دفعت قال الشاعر

ومستعجب مما يرى من آياتنا * ولو زبنته الحرب لم يتعجب

بعض البصريين من أصحابنا لم يجوز أن يبيع بما فوق المائة والمشهور الأول وهل له أن يبيع بمائة وهناك من يرغب بالزيادة على المائة فيه وجهان (أحدهما) نعم لموافقة صريح اذنه (والثاني) لا كما لو أطلق الوكالة فباع بثمن المثل وهناك من يرغب بالزيادة وذكر الأئمة أنه لو كان المشتري معينا بأن قال بع كذا من فلان بمائة لم يجوز أن يبيع بأكثر منها وكان المعني فيه أنه ربما يقصد إرفاقه ولو قال بع كذا ولا تبعه بأكثر من مائة لم يبيع بالأكثر ويبيع بها وبما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل ولو قال به بمائة ولا تبعه بمائة وخمسين فله أن يبيع بما فوق المائة ردون المائة والخمسين ولا يبيع بالمائة والخمسين وفيما فوق ذلك وجهان عن ابن سريج (أحدهما) المنع لأنه لما نهى عن زيادة خمسين فمن ما فوقها أولى وكذلك في طرف الشراء لو قال اشتر بمائة له أن يشتري بما دونها إلا إذا نهاه ولا يشتري بما فوقها ولو قال اشتر بمائة ولا تشتري بخمسين يجوز أن يشتري بما بين المائة والخمسين ولا يشتري بخمسين وفيما دونها الوجهان (الثالثة) لو قال به إلى أجل وبين قدره أو قلنا لا حاجة إلى البيان وحملناه على المعتاد فخالف وباع حالا نظر إن باعه بما يساويه حالا لم يصح لأنه يكون ناقصا عن مأموره فان ما يشتري به الشيء نقداً أقل مما يشتري به نسيئة ولو باعه بما يساويه إلى ذلك الأجل حالا نظر إن كان في وقت لا يؤمن فيه من نهب أو سرقة أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح أيضا وإن لم يكن شيء من ذلك

يُسمى بيع الرطب بالتمر مزبنة لأنه دفع التمر باسم المزبنة بالرطب وبيعه لا يجوز قال الأزهري
وأما خصوا بيع التمر في رؤس النخل بالتمر باسم المزبنة لأنه غرر لا يخص المبيع بكيل ولا وزن وخرصه
حدس وظن يعني لا يؤمن فيه من الربا المحرم وهذا يقتضي أن المزبنة تخص ببيع التمر على رؤس
النخل وهو مقتضى التفسير الذي ذكره المصنف في الحديث عن جابر كذلك قال ابن الصباغ
وآخرون وقد تقدم في كلام أبي حامد وغيره مع الحنفية أن بيع الرطب بالتمر مطلقاً يسمى مزبنة
وهو مقتضى كلام الماوردي الذي ذكرته الآن وكذلك قال الخطابي وقد جاء في رواية يحيى بن بكر
في الموطأ في حديث ابن عمر في تفسير المزبنة قال المزبنة الرطب بالتمر كيلاً والمعنى واحداً متقارباً
وتبين أن صح أن المراد بالتمر الرطب والله أعلم وقد ذكر رواية أيوب عن نافع عن ابن عمر أن المزبنة
أن يبيع الرجل ثمرته بكيل أن زاد نلى وإن اتص فلى وهو قريب من الأول قال ابن عبد البر ولا
خلاف بين العلماء أن المزبنة ما ذكر في هذه الأحاديث تفسيره عن ابن عمر من قوله أو مرفوعاً
وأقل ذلك أن يكون من قوله وهو راوى الحديث فنسلم له فكيف ولا يخاف له في ذلك وكذلك
كل ما كان في معناه من الجزاف بالكيل في الجنس الواحد المطعوم أو الرطب اليابس من جنسه

فوجهان (أحدهما) المنع أيضاً فإنه ربما كان يحتاج إلى الثمن في ذلك الوقت ويخاف من التعجيل خروجه
في نفقة (وأصحهما) على ما ذكره في التهذيب الجواز لأنه زاد خيراً ولا فرق فيما ذكره بين ثمن المثل عند
الاطلاق وبين ما يقدره من الثمن بأن قال بع بمائة نسيئة فباع بمائة نقداً كما صور في الكتاب ولو
قال بع بكذا إلى شهرين فباعه إلى شهر ففيه وجهان ولو قال اشتر حالاً فاشتره مؤجلاً نظر أن اشتراه
بما يرغب به فيه حالاً إلى ذلك أجل فوجهان كما في طرف البيع (وجه) الجواز مأمراً (وجه) المنع أنه
ربما يخاف هلاك المال وبقاء الدين في ذمته قال أبو سعيد المتولى هذا إذا قلنا أن مستحق الدين المؤجل
إذا عجل حقه يلزمه القبول (أما) إذا قلنا لا يلزمه القبول لا يصح الشراء ههنا للموكل بحال وذاكر هو
وغيره تخريجاً على المسألة التي نحن فيها أن الوكيل بالشراء مطلقاً لو اشترى نسيئة بشئ مثله جاز
لأنه زاد خيراً والموكل بسبيل من تفرغ ذمته بالتعجيل (وقوله) في الكتاب لأن التفاوت فيه
نسيئة اختلاف الجنس أي في النقد والنسيئة وأما يشبهه باختلاف الجنس لما بين الدين والعين أو بين
الحال والمؤجل من شدة اختلاف الأغراض وهذا توجيه وجه المنع في صورتى البيع والشراء ولذلك
عقبه بقوله ولا خلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز وإنما كان كذلك لأن المأني
به ليس هو المأمور به ولا هو مشتمل على التحصيل مأمراً بتحصيله والوكيل متصرف بالاذن فإذا
عزل عن المأذون فيه إما تصرفه وأما قوله وفيه احتمال فقد أورد القاضي ابن كعب نحواً منه وليس له

والفرق مكيل من المكاييل يسع ستة عشر رطلاً والمشهور فيه فتح الرأ وفيه لغة أخرى بأسكانها
حكاه ابن قابوس وابن سيده وأنكرها ثعلب فعلى المشهور هو مشترك بينهما وبين الخوف والله أعلم •
وجمع الفرق على اللغتين فرقان كبطن و بطنان وحمل وحملان قاله ابن الأثير في شرح مسند الشافعي
والوسق - بفتح الواو وكسر ها والفتح أفصح - يجمع على أوسق وأوساق ووسوق وقال المروى قال شمر كل شيء
حملته وسقطه وقال غيره الوسق ضدك الشيء إلى الشيء بهضمه إلى بهضم وقال ابن سيده الوسق حمل
بغير وقيل هو ستون صاعاً بصاح النبي ﷺ وقيل هو العدل وقيل المدلان • وقد اتفق الأصحاب
على الحكم المذكور قال الشيخ أبو حامد والمحال لا خلاف أن نيزاد على خمسة أوسق لا يجوز وهو
مذهب مالك وأحمد وقال محمد بن السالكية أنه ينبغي إذا وقع ذلك ولو جوز ابتداء من غير كراهة
لـ كان أقيس يعني إذا اشتراها بنجر صها قدراً لأن عند مالك خمسة الأوسق فما دونها تباع بالسته كما
تقدم وهذا قول شاذ وقد تقدم عند الكلام في اقتضاء جوازها للأغنياء ما يمكن أن يتعلق به من
جهة حمل المطلق على المقيد وجوابه والصواب الأول والنص الصريح في النهي عن الزاينة دليل عليه
والمضرفيه أنه بيع طعام بجنسه مجهول التساوي ولم يرد فيه رخصة ولا هو في معنى ماوردت فيه وكذلك

ذكر في الوسيط ولا في كتاب الأمام رحمه الله تعالى ويمكن توجيهه بأننا عرفنا بالتوكيل رغبته في
البيع ومن رغب في البيع بالدرهم فهو في البيع بمثل عددها من الدنانير أرغب هذا هو العرف الغالب
وكما أن البيع بالدنانير غير المأذون فيه وهو البيع بالدرهم كذلك البيع بالمائتين غير المأذون فيه وهو
البيع بالمائة ألا ترى أنه لو قل بعثك بمائة درهم لم يصح القبول بمائتي درهم كما لا يصح بمائتي دينار
فاذا صححنا البيع بالمائتين اعتماداً على العرف فكذلك البيع بالدنانير وعلى هذا الاحتمال فالبيع بعرض
يساوي مائتي دينار يشبه أن يكون كل بيع بمائة دينار •

قال (ولو سلم إليه ديناراً ليشتري شاة فاشتري شاتين تساوي كل واحدة منهما ديناراً وباع
أحدهما بدينار ورد الدينار والشاة فقد قبل هذا عروة البارقي مع رسول الله ﷺ فدعاه فهو صحيح
على أسد القولين • وفي بيع الشاة خلاف ظاهر • وتأويل الحديث أنه عمله كان وكيلاً مطلقاً •
صور المسألة أن يسلم ديناراً إلى وكيله ليشتري له شاة ووصفها فاشتري الوكيل شاتين بتلك
الصفة بدينار فينظر إن لم تساوي كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل وإن زادنا معاً على
الدينار لأنه ربما ينبغي شاة تساوي ديناراً فإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً فقولان (أصحها)
صحته الشراء وحصول الملك فيهما للموكل لأنه أذن له في شراء شاة بدينار فإذا اشترى شاتين كل
واحدة منهما تساوي ديناراً بدينار فقد زاد خيراً مع تحصيل ما طلبه الموكل فأشبه ما إذا أمره ببيع شاة

المحاكمة لنص والمعني الذكور ومعني آخر وهو أنه بيع طعام وتبين بطعام وذلك لا يجوز وأيضا لان من
دونه حائل قاله ابن أبي هريرة والاصحاب وليس هذا محل الكلام على المحاكمة والمخاطبة وإنما نتكلم
هنا في المزابنة (فائدة) الفرق بين المحاكمة والمرايا حيث جوز في المرايا في القليل ولم يجوز في المحاكمة
في قليل ولا كثير والفرق ظاهر وهو الحاجة إلى أكل الرطب حل كونه رطبا بخلاف السنبل فإنه
لا يحتاج إليه والله أعلم • وقد اتفق الاصحاب على أنه إذا زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لا يصح
قال الماوردي (فإن قيل) فهذا أبطل مما ذكرنا زاد على خمسة وجوزتوه في خمسة (قيل) لأنه بالزيادة على
الخمس تد صار مزابنة والمزابنة كلها فائدة وهذا الجواب لا يشفي فإن الخمسة إذا كانت حائزة فصمت
مع غيرها فالتباس تخريجه على تفرق الصفقة والمزابنة قد استثنى منها مقدار خمسة أوسق فاعلم
مأخذ المنع من ذلك الاحتياط في عقود الرابا وأنه بالزيادة صار العقد ربا والربا حرام بخلاف عقد
لم ينه عنه ورد على ما يجوز وما لا يجوز ولا يوصف بالحزمة الطاقة ولا بالحل الطاق لم هو بالسمه الى
ما يجوز حلال وإلى غيره حرام وأما عقود الرابا حرام من حيث هي لا لمرير جمع إلى المعفود عليه
بل إلى نفس تلك المقابلة والله أعلم • وقد وفي الحورى عنقهى التحريم وحكى قول من قال عقد على

بدرهم وباعها بدرهمين أو يشتري شاة بدرهم فاشترها نصف درهم (والثاني) أنه لا تقع الشاان بمال موكل
لأنه لم يأذن إلا في شراء واحدة ولكن ينظر ان اشتراها في الذمة فلموكل واحدة نصف دينار
والأخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وللموكل أن يبرع الثانية منه ويقرر العقد فيهما لأنه
عقد العقد له وان اشتراها بين لدينار مكانه اشترى واحدة بأذنه وأخرى بغير أذنه فيدبى على أن
العقود هل تتوقف على الأجازة (ان قلنا) لا تتوقف بطل العقد في واحدة وفي الثانية قولاً تفرق الصفقة
(وان قلنا) تتوقف فأن شاء الموكل أخذها بالدينار وان شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على
المالك والقول في وضعه مشكل لان تعيين واحدة للموكل أو بطلان العقد فيهما ليس بأولى من الأخرى
والتخير مشبه بما إذا باع شاة من شاتين على أن يتخير المشتري وهو باطل ونقل الامام رحمه الله
تعالى فيما إذا اشترى في الذمة قولاً ثالثاً وهو ان الشراء لا يصح للموكل في واحدة منهما بل يقعان الموكل
وإذا قلنا بصحة الشراء فيهما للموكل فلو باع الوكيل أحدهما عن غير إذن الموكل ففي صحة البيع
قولان عن ابن سريج (أحدهما) المنع لأنه لم يأذن في البيع فاشبه ما إذا اشترى شاة بدينار ثم باعها
بدينارين (والثاني) أنه يصح لأنه إذا جاء بالشاة فقد حصل مقصود الموكل فلا فرق فيما زاد بين
أن يكون ذهباً أو غيره وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار وباعها بدينارين ويقال هذا الخلاف
هو بعينه القولان في بيع الفضولى فعلى القول الجديد يلغو وعلى القديم ينعقد موقوفاً على إجازة

أكثر من خمسة أوسق (أحدهما) لا كمن نكح أختين (والثاني) يسح في الحصة ويبطل في الزائد
 والمشتري الخيار (١) وقد علمت أن المزابنة بيع بالثمن والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة ثم إن سائر الثمار
 في شجرها بخمسها لا يجوز وسائر الزرع في سنبله كذلك فاختلج أصحابنا على ما حكاه الماوردي هل
 ذلك لدخولها في اسم المزابنة أو قياسا عليها (فأحد الوجهين) وهو ظاهر مذهب الشافعي أن ذلك
 لدخول سائر الثمار في اسم المزابنة وسائر الزرع في اسم المحاقلة فكان تحريره نصا لافياسا (والوجه الثاني)
 وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة أن النص في المحاقلة والمرابطة يختص بالحنطة والنخل وسائر
 الزروع مقيسة على الحنطة في المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة فكان تحريره قياسا
 لأنصا قال القفال في شرح الملخص المحاقلة بيع الزرع في الأرض بعد ما يعقد الحب بالحنطة وقال
 القاضي حسين المحاقلة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة في السنابل وذلك لا يجوز وهو مشتق من الحقل وذلك
 اسم الأرض المصماء والمرابطة بيع الرطب على الأشجار بالثمن على وجه الأرض فأما إذا باع الحنطة
 على وجه الأرض بالفصل قبل أن يتسنبل أو قبل أن تشتد فيه الحبات فإنه يجوز لأنه بيع الحنطة
 بالحشيش وكذا لو باع الحنطة على وجه الأرض بالشعير في سنبله حاز وأما إذا باع الشعير
 على وجه الأرض بالقمح في سنبله ففيه قولان كما بيع الغائب وقال مالك رحمه الله صورة المحاقلة

(١) يبايع بالاصل

الموكل واعلم أن صورة المسألة شراء وبيعا قد نقل في حديث سررة الباري وهو مذکور في أول
 البيع في مسألة الفضولي واحتج بهذا الحديث لكل واحد من القولين في أصل المسألة اما لا تقول الأصح
 فلأن النبي ﷺ فرره على شرائهما وألزم العقد فيهما وأما لا تقول الثاني فلأن الشاتين لو وقعتا للنبي
 ﷺ لما باع أحدهما قبل مراجعته لأن الإنسان لا يبيع مال الغير كيف وقد سلم وتصرف الفضولي
 وإن حكم بانهقاده فلا كلام في أنه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك وإجازته فلما باع أحدهما دل على
 أنها دخلت في ملكه وقد يقال هب أن واحدة منهما ملكه لكنها لا تنعین مالم يختار الموكل واحدة
 منهما أو يجري فيهما اصطلاح في ذلك وإذا لم تكن التي ملكها معينة فكيف يبيع واحدة منهما على النعین
 ثم القائلون بالقول الأول والاحتجاج الأول احتج من ذهب منهم إلى صحة بيع إحدى الشاتين بالحديث
 ومن منع حمل القضية على أن عروة كان وكلا مطلقاً من جهة النبي ﷺ في بيع أمواله إذا رأى
 رأى المصلحة فيه ولكن في هذا التأويل بحث لأنه إن كان قد وكل في بيع أمواله وما سيملكه
 وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ما سيملكه إلا أن يقال ذلك الخلاف فيما إذا خص ببيع
 ما سيملكه بالتوكيل أما إذا حصل تابعا لأمواله الموجودة في الحال فيجوز وهذا كما أنه لو قال وقفت
 على من سيولد من أولادي لا يجوز ولو قال على أولادي ومن سيولد لي جاز *

والمزبنة أن يقول الرجل لا آخر اخمن لي صبرتك بعشر بن صاعا فما زاد فلي وما نقص فعلى اتمامها هذا كلام القاضي حسين وقولهم في تفسير الحقبة بيع الزرع بالخنطة هكذا أطلقه جماعة وقال الماوردي بيع الطعام في سنبله بالطعام المنسفي وقيد المحاملي بأنه بيع الخنطة في سنبله بالخنطة وهو الصواب وقيد الصيمري في شرح الكفاية فقال بيع السنبل من البر قائما بالخنطة فتقيده بالبر لا بد منه وكذلك قيده الفوراني في الابانة وقال القفال والقاضي أبو الطيب وصاحب التهذيب بيع الزرع بعد اشتداد الحب بمثله تقيا وهذا يدخل فيه الشعير وغيره وتكون الخنطة على سبيل التمثيل قال الصيمري ولو بيع بالدرهم لم يجز الا أنه غير المحاقاة وقال أبو داود لما ذكر التفسير المذكور قال اذا حذر الزرع أنه يحصد منه مائة فرق فبيع بمائة فرق فلا يجوز فان لم يكن فيه هذا الحرص وهذا التقدير فأولى بالفساد والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف في عقد واحد مفهومه أنه يجوز في عقود متفرقة والأمر كذلك يجوز أن يبيع الرجل تمر بستانه كله لجماعة كل واحد منهم دون خمسة أوسق نص على ذلك الشافعي والأصحاب وقال امام الحرمين أنه لا خلاف فيه ويجوز أن يبيع أيضاً للرجل الواحد في عقود كل

﴿ فرع ﴾ لو قال بع عبدتي بمائة درهم فباعه بمائة درهم وعبد أو ثوب يساوي مائة درهم فعن ابن سريج أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين وأولى بالمنع لأنه عدل عن الجنس الذي أمره بالبيع به ان منع فيه تنع في العبد الذي يتأبل غير الجنس وهو النصف أم في الجميع كيلا تتفرق الصفة فيه قولان (ان قلنا) في ذلك القدر خاصة في التهمة أنه لا خيار للبائع لأنه اذا رضي ببيع الجميع بالمائة كان ارضى ببيع النصف بها وأما المشتري ان لم يعلم كونه وكيلا بالبيع بالدرهم فله الخيار فان علمه فوجهان لشروعه في العقد مع العلم بان بعض العقود عليه لا يسلم له *

قال ﴿ السادسة الوكيل بالخصومة لا يقر على موكله كما لا يصلح * ولا يبرىء الوكيل بالصلح عن الدم على خمر اذا فعل حصل العفو كما لو فعله الموكل * ولو صالح على خنزير ففيه تردد * والوكيل بالشراء الفاسد لا يستفيد به الصحيح فلا معنى لو كلفه * وليس الوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله الا اذا عزل قبل الخوض في الخصومة ثم شهد * وان كان قد خاض لم يقبل لابه متهم بتصديق نفسه واذا وكل رجلين بالخصومة فهل لكل واحد الاستبداد وجهان * ﴾

قال الشارح في أول هذه الصورة وفي آخرها مسائل تتعلق بالتوكيل بالخصومة في خلالها ما لا يتعلق بالخصومة ونحن نستوفي ما يتعلق بالخصومة ثم ذكر المدرج في مسائلها أما ما يتعلق بالخصومة فثلاث مسائل (احداها) الوكيل بالخصومة من جهة المدعى يدعى ويقم البينة ويسعى في تعديلها

عقد دون خمسة أوسق أو خمسة إن جوزناها نص عليه الأصحاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والحاملي ونفي الخلاف فيه إمام الحرمين والمتولي قال النووي في الروضة لأن الرخصة عامة في جميع العقود وخالف في ذلك أحمد فقال لا يجوز أن يبيع أكثر من عربية واحدة ولا يشتري أكثر من صفقة واحدة ومذهبه معروف في سد باب الحيل وقد أورد الأصحاب سؤالاً وجوابه نقلها القاضي أبو الطيب عن أبي إسحق أنه قال (فإن قيل) إذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم على رموس النخل بالتمر (والجواب) أن المزابنة تحكمها ثابته في العقد الواحد وقال ابن الرفعة يظهر إذا قلنا باختصاصها بالفقراء أن لا يصح لأنه بالخمس الأولى غنى شرعي واعتباره هنا أولى من اعتبار الغنى العرفي (قلت) وجواب ذلك أن الخمسة الأولى قد يكون أكلها أو أزالها عن ملكه أولاً تسد كفايته واعتبار الكفاية في ذلك أولى من جعله مالاً لنصاب الزكاة وقد تقدم ما اقتضاه كلام صاحب التتمة والجرجاني من أن المعتبر أن لا نقد بأيديهم وهو حاصل هنا والله أعلم *

(فرع) ويفهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز لأنه بمنزلة الصفقتين وإذا كانت ستة عشر وسقاً بين رجلين فباعاها من رجلين جاز لأن كل واحد منهما باع حقه وهو

ويحلف ويطلب الحكم والقضاء ويفعل ما يقع وسيلة إلى الإثبات والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ينكر ويظعن في الشهود ويسعى في الدفع بما يمكنه ولو أقر وكيل المدعى بالقبض أو الإبراء أو قبول الحوالة أو المصالحة على مال أو بأن الحق مؤجل أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل سواء أقر في مجلس الحكم أو غيره وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة تقبل إذا أقر في مجلس الحكم وسلم أنه لا يقبل في دعوى التكاح والطلاق والتصاص والعفو (لنا) القياس على ما سلمه وأيضاً فإنه لا يصلح ولا يبرى لأن اسم الخصومة لا يتناولها فكذلك الإقرار ثم وكيل المدعى إذا أقر بالقبض أو الإبراء انعزل عن الوكالة وإن لم يلزم إقراره الموكل وكذلك وكيل المدعى عليه إذا أقر بالحق لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة بزعمه وأطلق القاضي ابن كجب وجهين في أنه هل تبطل وكالته بالإقرار وهل يشترط في التوكيل بالخصومة بيان من يخصم معه *

(فرع) نقل في النهاية أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعى لأنه كالأقرار في كونه قاطعاً للخصومة وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار وقال المصنف في الوسيط لا شك أن تعديله وحده لا ينزل منه منزلة أقرار الموكل بعد التهم لكن رده مطلقاً بعيد لأن التعديل غير مستفاد من الوكالة إلا أن يوجه بأنه بالتعديل مقصر في الوكالة وتارك حق النصح (الثانية) تقبل شهادة الوكيل على موكله ولو كاه في غير ما هو وكيل فيه كما لو شهد له بعبد وقد وكله ببيع

ثمانية أوسق من رجلين فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق وبذلك كله صرح القاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وابن الصباغ والرافعي وغيرهم ولا خلاف في المذهب فيه وفرضها الماوردي في عشرين وسقاً إلا مداً وهو أبلغ في التمثيل ونقل ابن الصباغ وغيره خلاف أحمد في ذلك قال لان البائع عنده لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز *

﴿فرع﴾ إذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان حكاهما الفوراني وغيره من المرازمة (والصحيح) الجواز كما لو باع من رجلين لان الصفقة تتعدد بتعدد البائع جزماً وفي تعددها بتعدد المشتري وجه وقد جزمنا بأنه هنا تجوز الزيادة على الخمسة عند تعدد المشتري واتحاد البائع فينبغي أن يكون عند تعدد البائع واتحاد المشتري أولى بالجواز (والوجه الثاني) أنه لا يصح وهو اختيار صاحب التلخيص لانه يدخل في ملكه أكثر من خمسة أوسق بطريق الحرص دفعة واحدة وهو يخالف مقصود الخبر وقرق امام الحرمين بين هذا وبين الرد بالعيب حيث يلاحظ فيه التعدد والاتحاد بأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة فلو رجع اليه بعضه لكان خارجاً بعيب عائداً بعيين واذا تعدد البائع يرد المشتري تمام ملك أحدهما عليه لم يتضمن تنقيصنا

دار وان شهد فيما هو وكيل فيه نظر إن كان ذلك قبل العزل لم تقبل لأنه يثبت لنفسه محل ولاية التصرف وان كان بعده فان كان قد خاصم فيه لم تقبل أيضاً لأنه متهم بتمشية قوله واظهار الصدق وإن لم يخاصم فوجهان (أحدهما) لا تقبل كما لو شهد قبل العزل (وأصحهما) ويحكي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه تقبل لأنه ما انتصب خصماً ولا يثبت لنفسه حقاً فأشبهه ما لو شهد قبل التوكيل هذه هي الطريقة المشهورة وقال الأمام رحمه الله تعالى قياس المرازمة أنه يعكس فيقل إن لم يخاصم تقبل شهادته وإن كان قد خاصم فوجهان ورأى هذا التعصيل فيما إذا جرى الأمر على تواصل فأما إذا طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه ويجوز أن يعلم لماذا كررنا قوله في الكتاب ثم يشهد - بالواو - (وقوله) فان كان قد خاصم الى آخره في حكم المكرر لأن فيما قبله ما يعني عنه (الثالثة) او وكل رجلين بالخصومة ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما (فأصح) الوجهين أن كل واحد منهما لا يستقل سها بل يتساويان ويتناصران كما لو وكل رجلين ببيع أو طلاق أو غيرها أو وصى الى رجلين (والثاني) أن لكل واحد منهما الاستقلال لعسر الاجتماع على الخصومة ويقرب مهمما الوجهان فيما إذا وكل رجلين بحفظ متاع فعلي الأصح لا ينفرد واحد منهما بحفظه بل يحفظانه في حرر بينهما وعلي الثاني ينفرد به كل منهما فان قبل القسمة قسم ليحفظ كل واحد منهما بعضه واعلم أنه إذا ادعى عند القاضي أنه وكيل فلان في خصومة فلان فان كان المقصود بالخصومة حاضراً وصدقه ثبتت الوكالة وله مخاصمته

عليه لم يكن قبل والمقصود في العرايا أن لا يملك الرجل دفعة واحدة خمسة أو أكثر من خمسة وهذا الوجه ضعفه البغوي والرويانى والرافعى ومن رجع الجواز في ذلك صاحب العدة والعمرانى *
 ﴿ فرع ﴾ فلو باع عشرين وسماً من أربعة فعلى القولين ان جوزنا العرايا في خمسة صح وقال في الروضة وسواء في هذه الصورة كانت العقود في مجلس أو مجلس حتى لو باع الرجل الف وسق في مجلس واحد بصفقات كل واحد دون خمسة أوسق جاز *

﴿ فرع ﴾ لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز فان الزرع حشيش بعد غير معدود من المطعومات قاله الامام والرافعى وكذلك قال الرويانى في البحر يجوز بشرط القطع وفرضه فيما اذا لم يشتد الحب وهو مراد الامام وكذلك صاحب التهذيب وقال سواء تسبيل أم لم يتسبيل فينبغى أن يقيد اطلاق تفسير المزبنة بالزرع بالحنطة والاحرم قال الامام وجماعة ان معناها الحب في التسبيل بالحنطة لكن قول صاحب التهذيب أنه يجوز اذا تسبيل مشكل فانه بيع قمح رطب مستتر مع تبنيه بقمح وذلك نوع من الفساد والرافعى قال قبل ظهور الحب فلا يرد عليه شيء *

﴿ فرع ﴾ حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر المزبنة بأن يكون لرجل صبرة من طعام فيقول له رجل في صبرتك ستون وسقاً فيقول صاحب الصبرة ليس فيها ستون وسقاً فيقول له

وإن كدبه فأقام البينة على الوكالة ولا يحتاج أن يدعى حقاً لموكله وإن كان غائباً وأقام المدعى البينة على الوكالة سَمَمَهَا الْقَاضِي وَاتَّبَعَهَا وَلَا يُعْتَبَرُ حُصُورُ الْمَقْصُودِ بِالْحَصُومَةِ فِي اثْبَاتِ الْوَكَالَةِ خِلَافاً لِأَنِّي حَمَمَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى حَيْثُ قَالَ لَا تَسْمَعْ الْبَيِّنَةَ إِلَّا فِي وَحْدِهِ الْخَصْمُ قَالَ الْإِمَامُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى هُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَتْنِ الْقَضَاءِ عَلَى الْعَائِبِ حَكَى عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ أَنَّهُ لَا يَدُ وَأَنْ يَسْبِ الْقَاضِي مَسْحَرًا يَسُوبُ عَنِ الْعَائِبِ الْبَيْمُ الْمَدْعَى الْبَيِّنَةُ فِي وَحْدِهِ ثُمَّ اسْتَعْدَّ وَقَالَ لَا أَعْرِفُ لِهَذَا أَصْلًا وَهِيَ مِنْ مَخَالَفَةِ الْأَصْحَابِ وَحَكَى أَيْضًا عَنْهُ أَنَّ الْقَضَاءَ اصْطَلَحُوا عَلَى أَنْ مَنْ وَكَّلَ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي وَكَيْلًا بِالْحَصُومَةِ يَحْتَصِرُ التَّوَكُّلَ بِالْحَصُومَةِ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ وَقَالَ الْإِمَامُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَالَّذِي يَعْرِفُهُ الْأَصْحَابُ أَنَّهُ يَحَاصِمُهُ فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ وَلَا يَعْرِفُ الْقَضَاءَ الْعَرُوفَ الَّذِي ادَّعَاهُ *

﴿ فرع ﴾ وكذا رجع القاضى بالحصومه عنه وطلب حقوقه فلو كيّل ان يحاصم عنه مادام حاصراً اعتماداً على العيان فادّاعى وأراد الوكيل الحصومه عنه بناء على اسم وسبب يدكره فلا بد من إقامته البينة على أن فلان بن فلان وكله أو على أن الذى وكله هو فلان ابن فلان ذكره أصحابنا العراقيون والشيخ أبو عاصم العبادى وعبارة العبادى أنه لا بد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضى ويثق بهما فى أدب مختصر صفة القضاة ووراء ذلك شيئان (أحدهما) روى الامام رحمه الله

الحاذر نكياها فان تهمت تمتها وان زادت أخذت الزيادة وقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى هذه المسألة في الأم وقال ان ذلك قار مخاطرة وابس بهتد وانه من باب أكل المال بالباطل وكذلك لو قال رجل عد قثاءك أو بطيخك أو اطعن حنطتك فما زاد على كذا فلي وما نقص فعلى وكذلك فيما قل الماوردى لو أخذ ثوباً لرجل فقال أنا أقطعه لك قبيحاً فان نقص غرمته وان زاد أخذت الزيادة فكل هذه الأشياء حرام بالاتفاق ولكن الاختلاف في أن ذلك داخل تحت المزابنة أولاً فان هذا مخاطرة موضوعة أن يدفع عند النقصان مالا يأخذ عوضه ويأخذ عند الزيادة مالا يعطى بدله فصار بالتقار والمخاطرة تشبه منه بالبيع والمزابنة ولاى كاه أبو بكر بن العربي أن المزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر فلى هذا لا خلاف بيننا وبينهم قل ابن العربي ثم حمل على ذلك كل رطب بابس وتقل ابن العربي عن مالك أنه قال للمزابنة كل شيء من الجزاف لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده اتبيع شيء من المسمى من السكيل والوزن والعدد واختصاره بيع المجهول بالعلوم وهذا أيضاً يوافق تفسير الشافعي فان قل في المزابنة كل جنس من الطعام عرف كيله اشترى بجنس مثله مجهول السكيل أى المزابنة المحرمة وليس مقصود تفسير ما جاء في الحديث والخلاف ان يثبت في تفسير اللفظ لا في المعنى فان المقود المذكورة محرمة عندنا وعنده قال ما معناه ذلك وشذ الصيمرى فجعل المزابنة شراء الرطب في رؤس النخل بتمر في الارض جزافاً وعلى هذا لا يحتاج إلى استثناء العرايا وهو يخالف قوله ورخص في العرايا *

تعالى عن القاضى الحسين أن الحكم عادتهم النساها في هذه البيئة بالعدالة الظاهرة وترك البحث والاستزكاة تسهلاً على الغرماء (والثاني) قال القاضى أبو سعيد يمكن أن يكتفى بمعرفة واحد اذا كان موثقاً به كما ذكر الشيخ أبو محمد أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعرفة واحد لأنه اخبار وليس بشهادة وأما ما أدرجه في خلال مسائل الخصومة فمسألتان (احداها) لو وكله الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل بنفسه وهذا لان الصلح على الخمر وان كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه ليصح لا أنا نصحح التوكيل في العقد الفاسد ولو وكله بالصلح عن القصاص على خمر فصالح على خنزير ففيه جوابان عن ابن سريج أشبههما أنه لغو ويبقى القصاص على ما كان لانه مستبد بما فعل غير موافق لأمر الموكل (والثاني) أنه كمالو عفا على خمر لأن الوكالة بالصلح ثابتة والخمر لا تثبت وان ذكرت وانما تثبت الدية فلا فرق فيما يصح ويثبت بين أن يذكر الخمر أو الخنزير وعلى هذا لو صالح على ما يصلح عوضاً وعلى الدية نفسها يجوز ولا خلاف في أنه لو أجرى هذا الاختلاف

الكفارات ونحوه من البيع بحصة غير تقدير الحصة في بيع العاينة بحصة أو سبق إذا حوزنا في حصة أو سبق ومنه الأحال في حول الزكاة والحرمة والعدة وديه الخطأ وبني الزاني وانتظار العنين والمولى وحول الرضاع وحل الزاني والقاذف ومحبص الزيادة على الأربعة على سبيل التقدير ثمانية ونصاب السرقة ربع وغير ذلك ومن التقدير الذي على سبيل التقدير من الرقيق المسلم فيه والموكل في سرانته ومن التقدير المختلف فيه تقدير العتق ومن حصص المسافة بين الصفيين ومسافة القصر ونصاب المعتبرات وفي كلها وجهان (الأصح) المهر ي لأنه يجهل في هذا التقدير ومما قار به وهو في معناه بخلاف المنصوص على تحديده وفي كلام النووي الذي حكاه تقيد ذلك بما إذا حوزنا في حصة أو سبق ولا يتقيد بذلك بل إذا قلنا أنه لا يجوز في حصة من حصص المهر فإنه يحوز العقد عامها لأننا جعلنا ذلك تحديداً وقد حصل النقص عامها فسمع والله أعلم .

(فرع) ونوع الحنطة في سبيلها بالشعير على وجه الأرض فان فيه القولان في بيع الغائب قال ولو باع الشعير في سبيله بالحنطة على وجه الأرض أو الرطب على رأس النخل بخمس آخر من الثمار على الشجر أو على وجه الأرض فلا بأس لكن ينقصان بالتسليم فيما على وجه الأرض وبالتحلية فيما على الشجر قاله الراوي .

اليه وقال اشترى كذا ولم يقل بعينه ولا قال في الذمة فوجهان (أحدهما) أنه كما لو قال اشترى بعينه لان قرينة التسليم لشعره (وأظهرهما) أن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينه أو في الذمة لانه على التقديرين يكون اتما بالمأثور ومحور أن يكون عرصه من تسليمه اليه مجرد انصرافه الى عن ذلك الشيء .

قال (ثم الوكيل مهما حالف في البيع ظل نصرفه . ومهما حالف في الشراء عين مال الموكل فكأنه) فان اشترى في الذمة وقع عن الوكيل الا إذا صرح بالاصافة الى الموكل في وقوعه عن الوكيل وجهان .

لا تكلم فيما اراد من صور مخالفة الوكيل الموكل وموافقته من حكم البيع والشراء اذا وقعوا مخالفاً لأمر الموكل أما البيع فاذا قال بع هذا العمد وباع عبداً آخر فهو باطل لأن المالك لم يرص بازالة ملكه عنه وأما الشراء فان وقع بعين مال الموكل فهو كبيع أو اشترى في الذمة نظر ان لم يسم الموكل فهو واقع عن الوكيل لأن الخطاب عامه وانما ينصرف الى الموكل بشرط كونه موافقاً لأذنه فاما اذا لم يوافق اغت النية وكان كاجبي يشتري لغيره بالذمة وهذا كله جواب على الحدي في منع وقف العقود والغاء تصرف الفضولي وأما على القديم فسبيل الوكيل فيه سبيل الأحكام ينوقف الشراء في الذمة

(فرع) هل يجوز أن يقع عتد العريفة على جزء مشاع مما على النخل من الرطب إذا خرص الجميع الذي لا أشك فيه الجواز وذلك مقتضى نقل الأصحاب أنه إذا باع من رجلين سبعة أوسق جاز فالذي حصل لكل منهما مشاع ولا يقدح في ذلك التسليم فانه يحصل بالتخلية ولا الانتفاع به فانه يحصل بالتسليم على قول الإفراز على الأصح (فائدة) الحنل قداح طين يزرع فيه قاله ابن سيده وغيره قال وحكي بعضهم فيه الحقة ومن أمثالهم لا ينبت الحقة إلا البقلة وليست الحقة بمعروفة وراهم أنشوا الحقة في هذا المثل انتهى فالحاقة سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقل والمزبنة مأخوذة من الزبن وهو الدفع سميت بذلك لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يمكن من يد المغبون دفعه والغابن أمضاه فيتدافعان ولا يمكن الميعار الشرعي وهو السكيل في السنايل والرطب على النخل والحرص فيها لا يكفي قال الأئمة وفي الحاقة شيئان آخران *

(فرع) إذا امتنع بيع الحنطة في سنبليها بالحنطة الظاهرة فامتناع بيعها بنسبها أولى وقد صرح الشافعي رضي الله عنه بذلك وأشار إلى عدم الخلاف فيه فانه قال ولم أجدهم يعني أهل العلم يخبرون أن يتبايعوا بيع الحنطة بالحنطة في سنبليها كيلا ولا وزناً لاختلاف الأكام والحب فيهما ذكر ذلك في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار *

على إجازته إن شاء وقع عنه والافعن الوكيل وكذا القول في مخالفة الموكل في البيع على ما ذكرنا في أول البيع وكذا الشراء بعين ماله والبيع ينعقدان موقوفان على ذلك القول فيجوز أن يعلم قوله وقع عن الوكيل وقوله بطل تصرفه - بالواو - وكذلك القول وإن سمي الموكل فوجهان (أحدهما) أنه يبطل العقد رأساً لأنه صرح بإضافته إلى الموكل وامتنع إيقاعه عنه فيلغو (وأظهرهما) يقع عن الوكيل وتافو تسمية الموكل وهذا لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء فإذا سماه ولم يمكن صرف العقد إليه صار كأنه لم يسمه هذا فيما إذا قال البائع بعث منك وقال المشتري اشتريته لفلان يعني موكاه (أما) إذا قال البائع بعث من فلان يعني موكاه وقال المشتري اشتريته لفلان يعني موكاه فظاهر المذهب بطلان العقد لأنه لم تجر بينهما مخاطبة ويفارق النكاح حيث يقع من الزوج ووكيل الزوج على هذه الصيغة بل لا يجوز إلا كذلك لأن للبيع أحكاماً تتعلق بمجلس العقد كالخيار وغيره وتلك الأحكام إنما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين فاعتبر جريان المخاطبة بينهما والنكاح سفارة مخضة *

(فرع) في فتاوى القفال أن وكيل المذهب بالقبول يجب أن يسمى موكاه والواقع عنه لجريان الخطاب معه ولا ينصرف بالنية إلى الموكل لأن الواهب قد يقصده بالتبرع بعينه ومالك كل أحد تسمع النفس بالتبرع عليه ويخالف الشراء فان المقصود فيه حصول العوض *

﴿ فرع ﴾ وكذلك قال فيه أيضاً ولم أرهم أجاز وأبيع الخنطة في التبن محصورة •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ الثابت في الصحيحين في حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق هكذا على الشك من رواية داود كما سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى وفي الترمذي فيما دون خمسة أوسق أو كذا وأما روايته باحد اللفظين فقط كما ذكره المصنف فلم أره في شيء من كتب الحديث إلا في نسخة من سماعنا في مسند الشافعي وراجعت نسخة أصح منها فوجدته على الصواب مكمل كالروايات المشهورة وكذلك رواية الشافعي رحمه الله في الأم ومن عادة الشافعي أن رواياته في الحديث الواحد لا تختلف ولو رواها في مواضع متعددة لشدة ضبطه وإتقانه وثبته فتبين أن السقوط في تلك النسخة غلط من ناسخ فإن كان وقع للمصنف نسخة كذلك فهو اللائق بورعه وتجريه أنه لا يختصر الحديث ولا يقال إن ذلك جائز فإنه ذكر بعض الحديث وليس فيه تعيين حكم لأن مادون الخمسة محقق ومن أرخص في الخمسة فقد أرخص فيما دونها فالرخصة فيما دونها محقة لأننا نقول إن في الاختصار على ذلك خلا في اللفظ والمعنى أما اللفظ فإنه لا يتحقق مطابقتها للفظ أبي هريرة فإنه على تقدير أن تكون الرخصة في خمسة أوسق فلا يمكن نسبته إليه باللفظ وأما بالمعنى فلا يصير موهماً أو مفهماً

قال ﴿ الحكم الثاني للوكالة العهدة في حق الوكيل • ويده يد أمانة في حق الموكل حتى لا يضمن سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل • ثم إن سلم إليه الثمن فهو مطالب به مهما وكل بالشراء • وإن لم يسلم الثمن وأنكر البائع كونه وكيلاً طالبه • وإن اعترف بوكالته ففيه ثلاثة أوجه • والظاهر أنه يطالب به دون الموكل • وفي الثاني يطالب الموكل بدوره • وفي الثالث يطالبهما • ثم إن طوالب الوكيل فالصحيح رجوعه على الموكل • وكذلك لو تلف الثمن في يده بعد أن خرج ما اشتراه مستحقاً فالمستحق يطالب البائع • وفي مطالبة الوكيل والموكل هذه الأوجه • وكذا الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقاً فرجع المشتري بالثمن على الوكيل أو على الموكل ففيه هذا الخلاف •

ترجم الحكم بالعهد لكنه قد مر على الكلام في العهدة أصل آخر جعله في الوسيط حكماً برأيه واشتمل الحكم على مقصودين (أحدهما) أن يد الوكيل يد أمانة فلو تلف المال في يده من غير تصرفه فلا ضمان عليه سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل وإن تعدي فيه كأن ركب الدابة أو

بطريق المفهوم أنه لا يجوز في الخمسة وذلك قاذح في الرواية بالمعنى والشيخ أجل عندنا من أن يستدرك على روايته خلاه ينسب إليه والظاهر أن الشيخ وجده هكذا واعتقده حديثاً تاماً وكلامه بعد هذا بسطر يشعر بذلك ولا أعرف رواية في ذلك اقتصر فيها على مادون خمسة أوسق إلا ما تقدم في أول الباب عن الترمذي من القصة التي نقلها بغير إسناد ولا تعيين أو فان ثبت أن ذلك حديث كامل فهو تصحيحاً ادعاه وإلا فان الحكم المذكور ثابت بالأحاديث المشهورة المتقدمة فأنما دون الخمسة داخل في الخمسة وإباحة الشيء بإباحته لما يتضمنه فلا باحة فيما دون الخمسة محنقة إما نصاً وإما تضمننا والله أعلم * والحكم المذكور لا خلاف فيه في المذهب كذا قال القاضي أبو الطيب والمحاملي *

﴿ فرع ﴾ لا ضابط للنقص عن الخمسة بل متى كان أقل من الخمسة بشئ مما كان جائزاً كذلك نص الشافعي عليه وهو يدل على أن الخمسة تحديد وسنفرد له فرعاً في المسألة التي بعدها وأعلم أنا إذا أطلقنا خمسة أوسق إنما نريد خمسة أوسق من التمر أي قبل ما يخرص فنعرف أنه إذا جف كان خمسة أوسق ولا نريد خمسة أوسق من الرطب والله أعلم * وقدم التنبيه على ذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفي خمسة أوسق قولان (أحدهما) لا يجوز وهو قول المازني لأن الأصل هو الحظر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة رضي الله عنه وفي خمسة أوسق شك لأنه روى في

لبس الثوب ضمن وهل ينزل عن الوكالة فيه وجهان (أحدهما) نعم لأنها أمانة فترتفع بالتعدي كالوديعة (وأصحهما) لا وبه قطع بعضهم لأن الوكالة أمانة واذن في التصرف والأمانة حكم يترتب عليه فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد وهذا كما أن الرهن لما كان المقصود منه التوثيق ومن حكمه الأمانة لا يلزم من ارتفاع حكم الأمانة فيه بطلان أصل الرهن وتخالف الوديعة فإنها أمانة محض فلا تبقى مع التعدي فعلى هذا يصح تصرفه وإذا باع وسلم زال عنه الضمان لأنه أخرجه من يده باذن المالك وهل يزول الضمان بمجرد البيع فيه وجهان (أحدهما) نعم لزوال ملك الموكّل بالبيع (وأصحهما) لا لأنه ربما يرتفع العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكّل والتمن الذي يقبضه لا يكون مضموناً عليه لأنه لم يتعد فيه ولو رد المشتري المبيع عليه بعيب عاد الضمان ولو دفع لوكيله دراهم ليشتري بها طعاماً مثلاً فتصرف فيها عاى أن تكون قرضاً عليه صار ضامناً وليس له أن يشتري الموكّل بدراهم نفسه ولا في الذمة ولو قبل كان ما اشتراه له دون الموكّل وقول أبو حنيفة رحمه الله تعالى تكون للموكّل ولو عادت الدراهم التي أنفقها إلى يده فاراد أن يشتري بها للموكّل فهو على الخلاف المذكور في أن الوكيل هل ينزل بالتعدي والامسح أنه لا ينزل ولا يكون

حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق شك فيه داود بن الحصين فبقى على الأصل ولأن خمسة أوسق في حكم ما زاد بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز في خمسة أوسق والقول الثاني أنه يجوز لمعوم حديث سهل بن أبي حشمة * ﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور رواه البخاري ومسلم رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق هذا لفظ البخاري ولفظ مسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة فشك داود وقال خمسة أو دون خمسة والقولان نص عليهما الشافعي رضي الله عنه في موضعين على ما سأذكره (أحد القولين) أنه لا يجوز وهو مذهب أحمد وقول المزني والزم به الشافعي وقد رأيت منصوصا للشافعي رحمه الله في كتاب الصرف وهو في الجزء السادس من الأم في باب العرية قال ولا يشتري من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان فإذا كان أقل من خمسة أوسق جاز البيع وكذلك قال في مختصر البويطي أيضا العرية أن يشتري الرجل الرطب بتمر قدما ما كان خرصه أقل من خمسة أوسق يأكله رطبا ولكن المزني ألزمه بحسب ما نقله

ما اشتراه مضمونا عليه لأنه لم يتعد فيه ولورد ما اشتراه بعينه واسترد الثمن عاد مضمونا عليه ومتى طالب الموكل الوكيل برد ماله فعليه أن يخلي بينه وبينه فإن امتنع صار ضامنا كالمودع (المقصود الثاني) الكلام في العهدة وتقدم عليه أصليين (أحدهما) الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله بشرائه فالملك يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل أم يثبت للموكل ابتداء فيه وجهان لابن سريج (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل لأن الخطاب جرى معه وأحكام العقد تتعلق به (وأصحهما) أنه يثبت للموكل ابتداء كما لو اشترى الأب للطفل يثبت الملك للطفل ابتداء ولأنه لو ثبت للوكيل لعق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله ولا يعتق (الأصل الثاني) أن أحكام العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل دون الموكل حيث تعتبر رؤية الوكيل دون الموكل وتلزم بمفارقة الوكيل مجلس العقد ولا تلزم بمفارقة الموكل إن كان حاضرا فيه وتسليم رأس المال في السلم والتقابض حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقة الوكيل والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية إن أثبتناه ثبت للوكيل دون الموكل حتى لو أراد الموكل الأجازة كان للوكيل أن يفسخ ذكره في التتمة وفرق بينه وبين خيار العيب حيث قلنا لارد للوكيل إذا رضى الموكل بمالا يكاد تسكن النفس إليه إذا تقرر ذلك في الفصل مسائل (أحدها) إذا اشترى الوكيل بثمن معين نظر إن كان في يده طالبه البائع به والا فلا وإذا اشترى في الذمة فإن كان الموكل قد سلم

عنه في المختصر فان لفظه فيه وأحب إلى أن تكون العربية أقل من حمسه أوسق ولا أفسحه في الحمسه أوسق لأنها شك وهذا النص منقول من الأمام من موضع آخر ووجهه طاهر كما قاله المصنف وكثيرون جرموا بهذا القول وتقدم التنبية على أن طرق حديث أبي هريرة رضي الله عنه كلها على الشك فالجواز فيما دون الحمسه حينئذ لأنه ثابت على التقديرين إن كان الثابت حمسه أو دون الحمسه فدون الحمسه جائز إما بصا وإما ضمما والحمسه مشكوك فيها فتبقى على الأصل وهو النحر في الثابت فالنهي عن المزاينة وعن الغرر وعن الربا ووجه القياس الذي أشار إليه المصنف في الحمسه رد لحاقها بين الناقص عنها والزائد عليها وقد عهد من الترخ السويده بينهما وبين الزائد عليها في حكم الكافة وجعلها في حد الكثير فيسمى أن تلحق به ههنا ويكون أولى من خفيها بالناقص لدى عدم دلائله وهذا لا يدل على قلل القاضي أبو الطيب من أن يحق وهو محذور عن الأصول المتقدمه كان كافيا في النحر في فكيف وقد عارضه واحتج لهذا القول بما أشار إليه أبو داود في بعض نسخ كتابه ورواه الديلمي من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزاينة وأذن لأصحابه الع. اما أن يبيعوها ممن حرصها ثم قال الوسق والوسق ثلثه والأربعة واحتج له الماوردي بما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه في الحديث قال لا صدقة في العريه

إليه ما بصرفه إلى الثمن طالبه البائع وان لم يسلمه ظران أنكر كونه وكيلًا أو قال لا أدري هل هو وكيل طالبه به وان اعترف بوكالته فمن الذي يطالبه البائع بالثمن فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن المطالب الوكيل لا غير لأن أحكام العقد تتعلق به والاتزام وجد منه (والثاني) أن المطالب الموكل لا غير لأن العقد له والوكيل سفير ومعتبر (والثالث) أنه يطالب من شاء منها نظر إلى المعنيين وهذا أظهر عند صاحب التهذيب والامام وغيرهما وان رجح صاحب الكتاب الأول *

﴿ التفرع ﴾ ان قلنا بالاول فهل الوكيل مطالبة الموكل قبل أن يعزم فيه وجهان لان بعضهم قال يثبت الثمن للبائع على الوكيل والوكيل مثله على الموكل بناء على أن الوكيل يثبت له الملك ثم ينتقل إلى الموكل فعلى هذا للوكيل مطالبة بما ثبت له وان لم يؤد ما عليه وقال آخرون يرل الوكيل منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه فعلى هذا ففي رجوعه قبل الغرم وجهان كالحال عليه والاصح المنع واذا غرم الوكيل للبائع فقياس تنزيله منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه الخلاف المذكور هناك في أنه هل يشترط في الرجوع كون الاداء بالاذن وشرط الرجوع وذكر في النهاية ان المذهب القطع بالرجوع والا لخرج المبيع عن أن يكون مملوكا للموكل بالمعوض وفي ذلك تغيير لوضع العقد (وان قلنا) بالوجه الثالث فالوكيل كالضامن والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل اذا غرم والقول في اعتبار

درست
نظر

والخمس أوسق ثبت فيها الصدقة وهذا الحديث لأعرفه وسأذكر ما يمكن أن يقال في مقابلة هذا القول إن شاء الله تعالى ومن اختار هذا القول أبو بكر بن المنذر وأبو سليمان الخطابي ورجحه إمام الحرمين وصححه الروياني في حليته والبعثي والشاشي وابن أبي عمرون والغزالي في البسيط والنووي وهو الذي يقتضيه كلام القفال والقاضي حسين **(تنبيه)** نقل ابن الرفعة عن الرافعي أنه اختار قول المنع ومستنده في ذلك أن الرافعي قال والثاني وهو المختار المنع والظاهر أن الرافعي إنما أراد بذلك أنه مختار المذني في مقابلة ما نقله عن الشافعي رحمه الله لأنه مختار الرافعي نفسه وكلامه واستقراء عاداته يدلان على ذلك وأن كلامه فيما بعد يعيل إلى ترجيح المنع فانه قد قل إنه لا يظهر عند صاحب التهذيب والقاضي الروياني وغيرها وهذه العبارة قد يوجد منها بعض ترجيح وعند التحقيق لا ترجيح فيها أيضا والقول حزم به كثيرون أنه يجوز وبه قل مالك رحمه الله ورواية عن أحمد وهو الصحيح عند المحاملي وأبي حامد والغزالي في الوجيز وهو المنقول عن نضه في باب بيع العرايا من كتاب البيوع من الأم قال ولا يجوز أن يبيع صاحب العرية الا خمسة أوسق أو دونها وأحب أن يكون دونها الا ليس في النفس منه شيئا ولعله في الأم في موضع ولم أمن الكشف وهذا الكلام مع كلام المختصر ليس صريحا في القول بالجواز بل كأنه متوقف في ذلك للشك في الرواية وأنه ان وقع لا يقول بنفسه لأجل الشك

شرط الرجوع وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم كما سبق في الضمان وحكى الامام أن ابن سريج فرع على الخلاف في المسألة فقال لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة ففعل ثم ردها البائع عليه بعيب (فإن قلنا) بالوجه الثاني والثالث فعلى الوكيل رد تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل وليس له امساكها وابدالها (وان قلنا) بالوجه الاول فله ذلك لان ما دفعه الموكل اليه على هذا الوجه كأنه أقرضه منه لتبرأ ذمته فاذا عاد اليه فهو ما ملكه والمستقرض امساك ما استقرضه ورد مثله فهو ملكه ولك أن تقول لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة وإنما الكلام في أنه متى يرجع وبأي شيء يرجع وإذا كان ذلك فيتيجه أن يكون تسليم الدراهم دفعا له وبه التراجع لا اقراضا (المسألة الثانية) الوكيل بالبيع اذا قبض الثمن إما باذن صريح أو بالاذن في البيع على رأي وتاف المقبوض في يده وخرج المبيع مستحقا والمشتري معترف بالوكالة فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل لأنه الذي يتولى القبض وحصل التاف في يده أو على الموكل لأن الوكيل سفير ويده يده أو على من شاء منهما فيه الاوجه الثلاثة السابقة (فإن قلنا) حق الرجوع على الموكل فاذا غرم لم يرجع على الوكيل وكذا اذا جعلناه على الوكيل فغرم لا يرجع على الموكل قاله الامام (وان قلنا) يرجع على من شاء منهما فثلاثة أوجه (أشهرها) أنه ان غرم الموكل لم يرجع على الوكيل وان غرم الوكيل رجع على الموكل لان الموكل قد غر الوكيل

فهذا هو التوفية بمقتضى الشك أن لا يجزم فيه بإباحة ولا تحريم وتكون أوفى كلامه للشك لالتخير وقال أحب أن يكون أقل بمعنى لئلا يقع في الحرام المحتمل واسكن الأصحاب جعلوا ذلك قولاً بالجواز وهو الصحيح عند المحاملي وكأن الشافعي رضي الله عنه لم ينظر إلى الأصول المذكورة ولا إلى القياس أما النهي عن المزابنة فلا أنه ورد مستثني منه العرايا والعرايا قد وقع الشك في مقدارها فيكون ذلك كتخصيص العام بمجمل فانه يمنع الاحتجاج به كذلك هنا يمنع الاحتجاج بعموم النهي عن المزابنة في الحمة وهذه مسألة مقررة في أصول الفقه فالشك الذي في مقدار الرخصة يقتضي الشك في مقدار النهي عنه ويعدل إلى دليل آخر وقد نبه الأصحاب على ذلك ومثل ذلك ما قاله امام الحرمين فيما اذا قال وقفت على أولادى وأولادى الامن يفسق منهم لما اعتقد أن ذلك متردد بين عود الاشياء إلى الكل أو إلى الاخير وحكم مع ذلك بأنه لا يصرف إلى الاولاد لاجل التردد ومثل ذلك بحيث جرى بيني وبين شيخنا أي ابن الرفعة في قوله **عليه السلام** «المؤمنون عند شروطهم الا شرط أهل حراماً أو حرم حلالاً» ورام الاستدلال بذلك على أنه متى شك في شرط وجب ادراجه في العموم والحكم بصحته حتى يقوم دليل على منعه وليس بجيد لما ذكرته من المرجع عند الأصوليين نعم لو كان النهي عن المزابنة في مجلس والترخيص المشكوك فيه في مجلس آخر لم يقدح في التمسك بالعموم ولم يعلم ذلك بل الراوى

والمغرور يرجع على الغار دون العكس (والثاني) أن واحداً منهما لا يرجع على الآخر أما الموكل فلا أنه غارم وأما الوكيل فلحصول التلف في يده (والثالث) أن الموكل يرجع على الوكيل دون العكس لحصول التلف في يد الوكيل والذي يعني به من هذه الاختلافات أن المشتري يغرم من شاء منهما والقرار على الموكل ولذلك اقنصرنا على هذا الجواب في عزل الراهن وان كان يطرد فيه الخلاف (الثالثة) وهي مقدمة على الثانية في الكتاب الوكيل بالشراء اذا قبض المبيع وتلف في يده ثم تبين أنه كان مستحقاً لغير البائع فلم يستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله لأنه غائب ومن يده خرج المال وفي مطالبة الوكيل والموكل الاوجه الثلاثة قال الأمام رحمه الله تعالى والا فليس في المسألتين أنه لا يرجوع له الا على الوكيل لحصول التلف عنده ولأنه اذا ظهر الاستحقاق بان فساد العقد وصار الوكيل قابضاً ملك الغير بغير حق ويجرى الخلاف في القرار في هذه الصورة أيضاً (الرابعة) ولم يذكرها في الكتاب الوكيل بالمبيع اذا باع بثمن في الذمة واستوفاه ودفعه إلى الموكل فخرج مستحقاً أو معيباً ورده فلموكل أن يطالب المشتري بالثمن وله أن يغرم الوكيل لأنه صار مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه وفيما يغرمه وجهان (أحدهما) قيمة العين لأنه فوت عليه العين (والثاني) الثمن لأن حقه انقل من العين إلى الثمن بالمبيع فان قلنا بالأول فاذا أخذ منه القيمة طالب الوكيل المشتري بالثمن فاذا أخذه

قال إلا أنه أرخص في العرايا والراوى الآخر شك في مقدارها ولعلمها حكياً قصة واحدة فتطرق الشك إلى عموم النهى فيعدل عن ذلك إلى عموم حديث سهل إلا فيما قام الإجماع عليه واقتضاه النهى من غير شك وهو الزائد على الخمسة وهذا أولى من التمسك بعموم النهى عن الفرر لأنه أخص منه مع تفاهم أكثر الاغرار أيجت وأخرجت من ذلك العموم وأولى من التمسك بكون الأصل في الرويات التحريم لما ذكرنا أنه أخص وأما القياس المذكور فليس بالقوى ويمكن أن يعارض بأن الخمسة عهد اعتبار الشرع لها محلاً لوجوب الزكاة فلنكن محلاً لجواز البيع وأما دون الخمسة فلم يعهد اعتباره والحق الجواز في الخمسة بوجوب الزكاة فيها أولى من الحاق المنع فيها بوجوب الزكاة فيها لأن الوجوب أشبه بالجواز من المنع لأن الوجوب جواز متأكد بالطلب ووجه العموم في حديث سهل قوله رخص في بيع العرايا وهو شامل لما إذا كان عليها خمسة أوسق وأكثر خرج الأكثر بدليل يقينا فيما عداه على مقتضى الحديث وأما حديث جابر فإنه من رواية محمد بن اسحق وفيه كلام وإن كان ضعيفاً لكن قارن ذلك

دفعه إلى الموكل واسترد القيمة (الخامسة) دفع إليه دراهم ليشتري بعينها عبداً ففعل وتلف في يده قبل التسليم انفسخ البيع ولا شيء على الوكيل وإن تلف قبل الشراء ارتفعت الوكالة ولو قال اشترى في الذمة وأصرفها إلى الثمن الملتزم فتلف في يد الوكيل بعد الشراء لم ينفسخ العقد لكنه ينقلب إلى الوكيل ويلزمه الثمن أو يبقى للموكل وعليه أن يأتي بمثلها فيه وجهان قال القفال ووجه ثالث يحتمل وهو أن يعرض الحال على الموكل فإن رغب فيه وأتى بمثل تلك الدراهم فالشراء له وإلا وقع للوكيل وعليه الثمن ولو تلف قبل الشراء لم ينزع فإن اشترى للموكل فيقع له أم للوكيل فيه الوجهان (وقوله) في الكتاب فالصحيح رجوعه به على الموكل ليس الوجه الآخر أنه لا يرجع أصلاً وإنما الخلاف في أنه هل يشترط الرجوع بشرط الرجوع وكون الأداء بالأذن كما تقدم (وقوله) لو تلف الثمن في يده بعد أن خرج ما اشتراه الجمع بين اللفظين موحش فالوجه أن تطرح لفظة ما اشتراه *

﴿ فرع ﴾ إذا اشترى الوكيل شراء فاسداً وقبض وتلف المبيع أما في يده أو بعد تسليمه إلى الموكل فللمالك مطالبته بالضمان ثم هو يرجع على الموكل ولو أرسل رسولا ليستقرض له فاستقرض فهو وكيل وكوكل وفي مطالبته المشتري ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن والظاهر أنه يطالب ثم إذا أغرم رجوع على الموكل •

قال ﴿ الحكم الثالث الوكالة الجواز من الجانبين فينزع بعزل الموكل إياه في حضرته وكذا في غيبته (ح) قبل بلوغ الخبر في أقيس القولين • كما ينزع بيع الموكل واعتقه • وينزع بعزل نفسه • وبرده الوكالة • وجعوده مع العلم ردماً • ومع الجهل أو لغرض في الإخفاء ليس برد • وينزع

أن منبه^(١) ليس مريحا لأن الظاهر أن ذلك خرج على جهة التبيل والا فيقتضى أنه لا يجوز أكثر من أربع والخصم لا يقول به (واعلم) أن كل ذلك محل والانصاف قول المزي وأن ذلك يمتنع لأن الأحاديث الدالة على منع بيع الرطب بالتمر كثيرة وليس في كلها الاستثناء فيبقى الذي ليس فيه الاستثناء على عمومته حتى يرد مبيح وكثرتها تقتضي الجزم فانها أحاديث لأحاديث واحد ورد الاستثناء معه وفي حديث زيد الذي رواه مسلم المذكور فيما تقدم والذي يأتي عقيب هذا ما يدل على تأخر الرخصة عن النهي قل فيه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر يعني بعد النهي عن بيع التمر بالتمر قل بعضهم لو أن رسول الله ﷺ أباح الخمسة لحفظه الله تعالى حتى يصل إلينا مثبتا ومكي القفال أن معنى القولين ههنا يرجع إلى أن النهي عن المزابنة ورد أولا ثم رخص في العرايا أو لم يرد النهي إلا والرخصة معه فعلى الأول وهو الأظهر والأصح لا يجوز في الخمسة وعلى الثاني يجوز حكاه عن القفال جماعة منهم القاضي الحسين وهذا يشير إلى ما قلته من البحث وهو أحسن في العبارة كما حكاه صاحب العدة عن الشيخ

(١) كذا بالاصل
خبر

بمخرج كل واحد منهما عن أهلية التصرف كالموت والجنون • وكذا الاغماء على الأظهر • وفي انزال للعبد بالعتق والكتابة والبيع خلاف • لخروجه عن أهلية الاستخدام • والأمر في حقه منزل على الخدمة •
الوكالة جائزة من جانب الموكل والوكيل جميعاً لأنها إذن وإناية وقد يبدو للموكل في الأمر الذي أناب فيه أو في نيابة ذلك الشخص وقد لا يتفرغ له الوكيل فلا يلزم يصير بهما جميعاً ولا رتقها أسباب (فمنها) أن يعزله الموكل في حضرته أما بلائذ العزل أو بأن يقول رفعت الوكالة أو فسختها أو أخرجته فينعزل سواء ابتداء بالتوكيل أو وكل بمسألة الخصم كما إذا سألت المرأة زوجها أن يوكل بالطلاق أو الخلع أو المرتين الراهن أن يوكل ببيع الرهن أو الخصم الخصم أن يوكل في الخصومة ففعل المسؤول التوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان التوكيل بمسألة الخصم لم ينعزل وإن عزله في غيبته ففي انزاله قبل بلوغ الخبر إليه قولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا ينعزل كما أن القاضي لا ينعزل ما لم يبلغه الخبر وحكم الفسخ لا يلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر ولأن تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط الثقة بتصرفه (وأصحها) الانزال لأنه رفع عقد لا يحتاج فيه إلى الرضا فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق ولأنه لو جن الموكل انزل الوكيل وإن لم يبلغه الخبر وكذا لو وكله ببيع عبد أو اعتاقه ثم باعه الموكل أو أعتقه نفذ تصرفه وانزل الوكيل وإن لم يشعر بالحال ضمناً لنفوذ تصرفه وإذا لم يعتبر بلوغ الخبر في العزل الضمني ففي مريح العزل أولى وأما انزال القاضي فمنهم من طرد الخلاف فيه وطى التسليم وهو الظاهر فالفرق تعلق المصالح الكلية بعمله وأما الفسخ فلا فرق بينه وبين ما نحن فيه لأن حكم الفسخ إما إيجاب امتثال الأمر الثاني وإما إخراج الأول عن الاعتداد به

أبي علي أنه قال في الشرح ان الخبر يعني خبر الزبانية هل مخصوص أو منسوخ يعني في قدر العربية فيه قولان (الأصح) الثاني ومرادها واحد وإنما قلت إن الأول أحسن لأن الرخصة وإن تأخرت لا يلزم أن تكون نسخاً بل قد تكون تخصيصاً وإن تأخر والله أعلم * على أن لدى رأيت في شرح التلخيص لقفال نقل القوانين في كون ذلك نسخاً أو تخصيصاً كما حكاه صاحب العدة عن علي وزعم الامام أن ظاهر النص التحصيص في الخمسة وأن توجيهه عسير جداً وأخذ يتجمل بأن يحيل الزبانية على معاملة صادرة عن التعرّي من غير تثبيت في الحرص وأن يتجمل الحرص متفاضلاً في درك المقادير معتبر في الزكاة سيما إذا جعلناه تضيماً والمهر يقل خطؤه والأخرق يتفاوت كيلاً والكيل بالاضافة الى الوزن كالحرص بالاضافة الى الكيل وفي كل حالة تقدير معتاد لائق بها فليقم الحرص في الرطب الذي لا يمكن كيلاً مقام الكيل وإذا احتمل الكيل ليسره مع امكان الوزن فليحتمل الحرص حيث لا يتأتى الكيل والشافعي رحمه الله يمنع بيع الرطب بالتمر لما يتخيله من التفاوت عند الجفاف متمسكاً

فيما يرجع الى الايجاب والالزام ولا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم وهذا النوع لا يثبت الوكالة أصلاً ورأساً لأن أمر الموكل غير واجب الامتثال (وأما) النوع الثاني فهو ثابت هناك أيضاً قبل العلم حتى يلزمه القضاء ولا تبرأ ذمته بالأول وعن احمد روايتان كالقولين ومن أصحاب مالك اختلاف في المسألة فإن قلنا لا ينعزل قبل بلوغ الخبر اليه فالمعتبر اخبار من تقبل روايته دون العبي والفاسق إذا قلنا بالانزال فينبغي ان يشهد الموكل على العزل لأن قوله بعد تصرف الوكيل كنت قد عزلته غير مقبول (ومنها) إذا قل الوكيل عزمت نفسي أو أخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل وقال بعض المتأخرين ان كانت صيغة التوكيل بع أو اعنق ونحوهما من صيغ الامر لم ينعزل برد الوكالة وعزله نفسه لأن ذلك اذن وإباحة فأشبهه ما إذا أباح الطعام لغيره لا يرتد برد المباح له وقد أورد الامام رحمه الله تعالى هذا الكلام على سبيل الاحتمال ولا يشترط في انعزال الوكيل بعزله نفسه حضور الموكل خلافاً لأبي حنيفة (ومنها) ينعزل الوكيل بخروجه أو خروج الموكل عن أهلية ذلك التصرف بالموت أو بالجنون الذي يطرأ أو يزول عن قرب حكاية تردد عن صاحب التقریب وضبط الامام موضع التردد بان لا يكون امتداده بحيث تعطل المهمات ويحوج الى نصب قوام فليلتحق حينئذ بالاغماء وفي الاغماء وجهان (أظهرهما) وبه قل في الكتاب أنه كالجنون في اقتضاء الانعزال (والثاني) وهو الاظهر عند الامام رحمه الله تعالى وبه قل في الوسيط أنه لا يقتضي الانعزال واحتج له بأن المزمي عليه لا يلتحق بمن تولى عليه والمعتبر في الانعزال التحاق الوكيل أو الموكل بمن يولى عليه وفي على الجون الحجر بالسفه أو الفلاس في كل تصرف لا ينفذ من السفه والفلاس وكذا

بقوله **عليه السلام** «أينقص الرطب إذا يبس» وهذه اشارة الى المال وما وراء الخمسة مردود بذ كر الخمسة فان التقدير نص في اقتضاء المفهوم قال فهذا يقتضى الامكان في توجيه النص وهو على نهاية الاشكال (قلت) وقد تقدم توجيهه بغير ذلك مع أن ظاهر النصوص خلافه وعلى مساق بحث الامام وتخييله له يكون الاصل الجواز بالخرص وأخرج من ذلك ما زاد على الخمسة بالمفهوم بقيت الخمسة على مقتضى الاصل من الجواز وليس مع ذلك على نهاية الاشكال وقد تعرض الامام في كتاب الرهان في أصول الفقه لهذا البحث عند الكلام في النقص قال الاصل السكيل أو الوزن وأثبت الشرع الخرص لحاجة في قضية مخصوصة فهو من الاستثانة قل ولا كزينة تدح في هذا المجال أن الوزن أضبط من السكيل ثم السكيل متعين في بعض الاشياء مع امكان الوزن فالخرص في محل الحاجة كالسكيل في السكيل بالاضافة الى الوزن فلا يتضح خروج الخرص بالسكلية عن القانون حسب ايضاح خروج حمل العاقلة والكتابة الفاسدة وقال أبو الحسن علي بن اسمعيل بن حسن الصنهاجى ثم الانبارى المالكى في

لو طرأ الرق بأن وكل حر بيا فاسترق (ومنها) خروج محل التصرف عن ملك الموكل كما إذا باع العبد الذى وكله ببيعه وقد مر ذلك وان وكله ببيع شيء آخر ثم أجره قال في التتمة ينزع الوكيل لان الاجارة ان منعت البيع لم يبق مالكا للتصرف وان لم يمنعه فهو علامة الندم لان من يريد البيع لا يؤجر لقلة الرغبات بسبب الاجارة وكذا تزويج الجارية وفي طعن الحنطة الموكل ببيعها وجهان (وجه) اقتضائه الانزال بطلان اسم الحنطة واشعاره بالامساك والعرض على البيع وتوكيل وكيل آخر لا يقتضى الانزال (ومنها) لو وكل السيد عبده ببيع أو تصرف آخر ثم أعتقه أو باعه ففي انزاله وجهان عن ابن سريج مبنيان على أنه توكيل محقق أو استخدام وأمر (ان قلنا) بالاول ففي الاذن بحاله لانه صار أكمل حالا مما كان (وان قلنا) بالثاني ارتفع الاذن لزوال الملك وعلى الثاني فلو قال عزلت نفسى فهو لغو وفصل بعضهم وقال ان كانت الصيغة وكلتك بكذا ففي الاذن ان أمره به ارتفع الاذن بالعتق والبيع وان حكمنا ببقاء الاذن في صورة البيع فعليه استئذان المشتري لان منافعه صارت مستحقة له والكتابة كالبيع والاعتاق في جريان الوجهين ولو وكل عبد غيره باذن المالك لعبد فباعه مالكة ففي ارتفاع الوكالة وجهان أيضا وجه الارتفاع بطلان اذنه بزوال ملكه وعلى الثاني يلزمه استئذان المشتري ولو لم يستأذن في صورتين بعد تصرفه لدوام الاذن وان ترك واجبا قال الامام رحمه الله تعالى وفيه احتمال بقى ما ينافي من الكتاب مسألة غفلنا عنها الى الآن وهي أن الوكيل لو وجد الوكالة وأنكرها هل يكون ذلك رداً للوكالة روى في الوسيط فيها أوجها (أصحها) وهو المذكور في الكتاب انه ان كان لنسيان أو غرض في الاخفاء فهو رد ولم أعثر على المسألة في النهاية ولا كنهه أورد قريبا

شرحه كذلك اختلف الناس في الخرص في الموضع المسموع هل هو أصل منفرد بنفسه غير رخصة أو هو معدود من الرخص و يظهر أثر هذا الاختلاف في مسائل (منها) أنه هل يجوز أن يجمع في عقد واحد بين مكيل وجزاف أو يمنع ذلك كما يمنع البيع والقراض علي رأى من منع ذلك والشهور عندهم على ما قال المنع بناء على الرخصة فيما تشق معرفة مقداره هو الكيل أو الوزن وأما ما لا تشق فلا يجوز الخرص فيه كالمعدود إلا أن يكون كثيراً كالجوز واللوز مثلاً أو متفاوت الاجرام ولذلك اختلفوا في بيع العرايا في خمسة أوسق وهذا الاختلاف ينبني على أن الأصل جواز الخرص إلا في موضع تحقق المنع أو الأصل المنع إلا في مواضع الإباحة قال (والأول) هو المذهب (والثاني) قول لبعضهم أي لبعض الأصحاب معني عندهم (قلت) وإذا أخذ الخرص حيث الجملة فيظهر ترجيح اعتباره وأنه ليس من الفرر المجتنب لجواز إيراد العقد على الثمرة على رؤوس النخل بالدرهم وأما الخرص في بيع الربوي بجنسه فينبغي أن يترجح أن الأصل المنع لأن المماثلة شرط والأصل عدمها والله أعلم •

من هذه الأوجه في انكار الموكل التوكيل هل يكون عزلاً أولاً (اعلم) أن قولنا أن الجواز من أحكام الوكالة يريد به الوكالة الخالية عن الجعل فأما إذا شرط فيها جملاً معلوماً واجتمع شرائط الإجارة وعقد العقد بضيعة الإجارة فهو لازم وإن عقد بضيعة الوكالة فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها هذا شرح مسائل الكتاب ونختمه بصور نوردتها على الاختصار • لو وكل رجلاً بالبيع فباع ورد عليه المبيع بعيب أو أمره بشرط الخيار فشرط ففسخ البيع لم يكن له بيعه ثانياً خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ولو قال بع نصبي من كذا أو اقسم مع شركائي أو خذ بالشفعة فانكر الخصم ملكه هل له الإثبات يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء هل يثبت ولو قال بع واشترط الخيار فباع مطلقاً لم يصح ولو أمره بالبيع وأطلق لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري وكذا ليس الوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع وفي شرطهما الخيار لنفسهما والموكل وجهان فإن إطلاق العقد يقتضي عقداً بلا شرط ولو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرر التبعض ولو فرضت فيه غبطة كما إذا أمره بشراء عبد بألف فاشتري نصفه بأربعمائة ثم نصفه الآخر بأربعمائة فكذلك ولا ينقلب الكل إليه بعد انصراف العقد عنه وفيه وجه ضعيف ولو قال اشتري بهذا الثوب فاشتري بنصف الثوب صح لأنه إذا رضى بزوال كل الثوب في مقابلته فهو بزوال بعضه أشد رضى ولو قال بع هؤلاء العبيد واشتر لي خمسة أعبد ووصفهم فله الجمع والتفريق إذ لا ضرر ولو قال اشتري صفقة واحدة لم يفرق ولو فرق لم يصح للموكل ولو اشتري خمسة من مال كين لأحدهما ثلاثة والآخر اثنين دفعة واحدة وصحنا مثل هذا العقد فني وقوع شرائهم عن الموكل وجهان (أحدهما) وبه قول ابن سريج يقع حملاً

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل يكفي أى قدر كان أم له ضابط الذى نص عليه الشافعي والاصحاب منهم الماوردي الاول فانه قال في باب العرية من الام والا يشتري من العرايا الا اقل من خمسة أوسق بشيء ما كان وقال الفوراني يجوز في الاربعة ولا يجوز في ستة وفي الخمسة قولان وهذا على جهة ضرب المثال ونقل جماعة عن ابن المنذر أنه قال وقد رواه جابر ما ينتهي به الى أربعة أوسق فهو المباح وما زاد عليه محظور ولم أر هذا الكلام في الاشراف وانما أطلق فيه الاباحه فيما دون الخمسة ولعله في الاوسط أو غيره من كتبه والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب لانه يدخر يابس ويمكن خرصه فاشبه الرطب وفيما سوى ذلك من الثمار قولان (أحدهما) يجوز لانه ثمرة فجاز بيع رطبها بيا بسبها خرصا كالرطب (والثاني) لا يجوز لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك ولان سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستنارها في الاوراق فلم يجز بيعها خرصا * ﴾

﴿ الشرح ﴾ حديث زيد هذا رواه مسلم وقد تقدم ومضى الكلام عليه وقد نص الشافعي على أن العرايا من العنب كهى من التمر واتفق أصحابه على ذلك وأنه يجوز أن يبيع العنب على أصوله

لكلامه على الأمر بتخليكهم دفعة واحدة ولو قال بع هؤلاء الاعد الثلاثة بألف لم يبع واحدا منهم بما دون الألف لجواز أن لا يشتري الباقيان بالباقي من الألف ولو باعه بألف صح ثم هل يبيع الآخريين فيه وجهان (أصحهما) نعم ولو قال بع من عبيدى من شئت أبقي بعضهم ولو واحدا ولو وكله باستيفاء دينه على زيد فمات نظر إن قال وكلتك في طلب حتى من زيد لم يطالب الورثة وان قال بطلب حتى الذى على زيد طالبهم ولو أمره بالبيع نسيئة فباع لم يلزمه النفاذ بعد حلول الأجل ولا كن عليه بيان المعامل حتى لا يكون مضيعا لحقه وكذلك لو قال أدفع هذا الذهب إلى صائغ فقال دفعته فطالبه الأمر ببيانه قال القفال عليه البيان ولو امتنع كان متعديا حتى إذا بينه من بعد وكان قد تلف في يد الصائغ يلزمه الضمان قال القفال والاصحاب كانوا يقولون لا يلزمه البيان ولو قال لغيره بع عبدك من فلان بألف وأنا أدفعه اليك فباعه منه قال ابن سريج يستحق البائع الألف على الأمر دون المشتري فاذا غرم الأمر رجع على المشتري ولو قال لغيره اشتر عبد فلان لى بثوبك هذا أو بدراهمك ففعل حصل الملك للأمر ويرجع المأمور عليه بالقيمة أو المثل وفيه وجه أنه إذا لم يجر شرط الرجوع لا يرجع ومتى قبض وكيل المشتري المبيع وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له وفيه وجه ان له الحبس وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى بناء على أن الملك يحصل للوكيل ثم

خرصا بالزبيب كيلا واستدلوا له بأن النبي ﷺ سوى بين الرطب والعنب في إيجاب العشر وفي سن الخرص فيهما قال الشافعي إن العنا قيد ظاهرة بادية كالأعناق فيمكن خرصها والاحاطة بها ولم يذكر المصنف هذين المعنيين وإنما ذكر ادخار اليابس منه وامكان الخرص لأهمهما معنيين مناسبين للحكم المذكور وكل منهما شرط في تصوير المسألة ووافقنا على إلحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهري قال الماوردي واختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصا وروينا عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ أُرخص في العرايا والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثاني وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياسا (قلت) والحاملي وابن الصباغ ممن جعل ذلك نصا ولم أقف على النص الذي ذكره في شيء من الأحاديث بل في رواية الترمذي ما يشعر بخلاف في ذلك أيضا وقال أن ذلك من باب القياس الجلي لأن جميع المعاني الموجودة في النخيل موجودة في الكرم بل رواية الترمذي عن سهل بن أبي حشمة أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا لأصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم

ينقل إلى الموكل ولو وكله باستيفاء دينه من زيد فقال زيد للوكيل خذ هذه العشرة واقض بها ديني عن فلان يعني موكله فاخذها صار وكيل زيد في قضاء دينه حتى يجوز لزيد استردادها مادامت في يد الوكيل ولو تلف عنده بقي الدين بحاله ولو قال زيد خذها عن الذي تطالبني به فلان فاخذها كان قبضاً للموكل وبرئت ذمة زيد وأيس له الاسترداد ولو قال خذها قضاء عن دين فلان فهذا محتمل للوجهين جميعاً ولو تنازع الموكل وزيد فالقول قول زيد مع يمينه ولو دفع عشرة إلى رجل فقال تصدق بها على الفقراء فتصدق بها ونوى نفسه لغت نيته وكانت الصدقة للأمر ولو وكل عبداً ليشتري نفسه أو مالا آخر من سيده ففي وجه لا يجوز لأن يده يد السيد فاشبهه ماله وكل إنساناً ليشتري له من نفسه والأظهر الجواز كما يجوز توكيله في الشراء من غير سيده وعلي هذا فعن صاحب التقريب أنه يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول اشتريت نفسي منك لموكل فلان والافقوله اشتريت نفسي صريح في اقتضاء العتق لا يندفع بمجرد النية ولو قال العبد لرجل اشتري نفسي من سيدي ففعل قال صاحب التقريب يجوز ويشترط التصريح بالإضافة إلى العبد فلو أطلق وقع الشراء للوكيل إذ البائع لا يرضى بعقد يتضمن الاعتاق قبل توفير الثمن ولو قال لغيره أسلم في كذا ورأس المال من مالك ثم أرجع علي قال ابن سريج يصح ويكون رأس المال قرضاً على الأمر وقيل لا يصح لأن الأقراض لا يتم إلا بالأقباض ولم يوجد من المستقرض قبض وإذا أبرأ وكيل المسلم إليه لم يلزم أبرأه الموكل لكن المسلم إليه لو قال لأعرفك وكيلا وإنما

وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصة فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر لأنه فصله من الاستثناء وجعله مع بقية التمر فالصواب أن ذلك انما ثبت بالقياس وهو الذى يقتضيه كلام الشافعى فانه لم يذكر غيره والله أعلم * نعم فى رواية مسلم فى الصحيح من رواية ابن عمر وفيه والمزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل تمر بخرصة ثم ذكر من رواية جابر الزهري عن أمور منها المزابنة وقال فى آخره الا العرايا ورواية الترمذى ماضية على ذلك ومثبتة لما يعود الاستثناء إليه والله أعلم * واعلم أن قوله وعن كل تمر بخرصة فى رواية مسلم والترمذى عام فى العنب وغيره فيكون الحاق العنب بالرطب تخصيصا للعموم بالقياس فمن يمنع منه ينبغى أن يتوقف عن الحاق ههنا الا بدليل والله أعلم * وأما غيرها من الثمار التى تجفف مثل الخوخ والاجاص والكمثرى والتين والجوز واللوز

التمرت لك شيئا فأبرأتني عنه نفذ فى الظاهر وتعطل بفعله حق المسلم وفى وجوب الضمان عليه قولاً الغرم بالحيلولة (والأظهر) وجوبه لكن لا يغرم مثل المسلم فيه ولا قيمته كيلا يكون اعتياضاً عن المسلم وانما يغرم له رأس المال حكاه الامام عن العراقيين وشهد له الحسن ورأيت فى تعليق الشيخ أبى حامد أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه ولو قال اشترى طعاماً بكذا نص الشافعى رضى الله عنه أن يحمل على الحنطة اعتباراً بمعرفتهم قال الرويانى وعلى هذا لو كانت بطرس - تان لم يحجز التوكيل لأنه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم فيكون التوكيل فى مجهول ولو قال وكانك ببراء غرمتني لم يملك الوكيل ابراء نفسه فان كان قد قال وان شئت تبرى، نفسك فافعل فعلى الخلاف السابق فى أنه هل يجوز توكيل المديون ببراء نفسه ولو قال فرق ثلثي مالى على الفقراء وان شئت أن تضعه فى نفسك فافعل فعلى الخلاف فيما إذا أذن للوكيل فى البيع من نفسه *

(الباب الثالث فى النزاع)

قال وهو فى ثلاثة مواضع (الأول) فى أصل الاذن وصفته وقدره * والقول فيه قول الموكل فاذا اشترى جارية بعشرين فقال ماأذنت إلا فى الشراء بعشرة وحلف * فان كان اشترى بعين مال الموكل وصدقه البائع فى أنه وكيل فالبيع باطل وغرم له الوكيل العشرين * وان اشترى فى الذمة واعترف البائع بالوكالة فباطل * وان أنكر البائع الوكالة لم يقبل * فان أنكر الوكالة وبقيت الجارية فى يد الوكيل فليتلف الحاكم بالموكل حتى يقول للوكيل بعثك بعشرين * فان قال إن كنت أذنت لك فقد بعثك بعشرين صح على النص * فان امتنع والوكيل صادق فى الباطن فالصحيح أنها لا تحل له ولا يملكها * ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها لأنه ظنر بغير جنس حقه * ومن له الحق لا يدعى عين المال فيقطع بجواز أخذه *

والشمس فهل يجوز على شجره بخرصه جافا فيه طريقان (احدهما) أن المسألة على قولين وهي التي حكها القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف واتباعه والجرجاني والفوراني وإمام الحرمين والمتولي وصاحب العدة والرافعي وقال صاحب البيان أنها المشهورة في كلام الحاملي وغيره لشبه ذلك بالمساقاة تجوز في السخل والكرم قولاً واحداً وفي غيرها من الثمار حكى قولين أحدهما القولين تجوز وهو مذهب مالك وبعض الحنابلة لأن النفس تدعو إلى أكلها في حال رطوبتها وهذه علة مناسبة لشبه الحاجة التي شرع لها بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وأما قول المصنف رحمه الله لأنها ثمرة فتعليل لمجرد الاسم وهو وإن كان جائزاً عنده وعند جماعة من الأصوليين فغيره أولى منه فلو عمل بهذه العلة التي ذكرتها كان أولى وهي التي ذكرها القاضي أبو الطيب وفي كلام الشافعي تعليل ذلك بعلة تحتاج إلى النظر فيها سأذكرها في آخر الكلام إن شاء الله تعالى (والثاني) لا يجوز وهو المنصوص عليه في باب العرية من

الاختلاف في الوكالة في مواضع (منها) أصل العقد فإذا قال وكلتني في كذا فأنكر فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الأذن ولو توافقا على أصل العقد واختلفا في بعض الكيفيات أو المقادير كما إذا قال وكلتني ببيع كذا أو ببيعة نسيئة أو بشرائه بعشرين وقال الموكل لا بل ببيع بعضه أو ببيعة نقداً أو بشرائه بعشرة فالقول قول الموكل أيضاً لأن الأصل عدم الأذن فيما يدعيه الوكيل والموكل أعرف بحال الأذن الصادر منه ولأنه لما كان القول في أصل العقد قوله وجب أن يكون في الصفة والمقدار كذلك كما أن الزوجين إذا اختلفا في عدد الطلاق كان القول فيه قول الزوج لأنهما لو اختلفا في أصله كان القول فيه قوله وفرقوا بينه وبين ما إذا قطع الحياض ثوب غيره قباء وقال كذلك أمرتني وقال المالك بل أمرتك أن تقطعه قميصاً حيث كان القول قول الحياض على قول مع أنهما لو اختلفا في أصل الأذن كان القول قول المالك بان المالك هناك يريد الزام الحياض الأرض والأصل عدمه وههنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة وإن لزمه الثمن وإنما يلزمه بحكم إطلاق البيع على ماسيأتي * إذا تقرر ذلك فلو وكله بشراء جارية فاشتراها الوكيل بعشرين وزعم أن الموكل أذن فيه وقال الموكل ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وحلفناه فخلف فينظر في الشراء أكان بعين مال الموكل أم في الذمة إن كان بعين مال الموكل فإن ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له فهو باطل لأن المال في يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء فيقبل إقراره فيه وحينئذ يكون العقد واقعاً بمال الغير وقد ثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل فيلغو فإن لم يذكره في العقد وقال بعد الشراء إنني اشتريت له فان صدقه البائع فالعقد باطل أيضاً وإذا بطل الشراء كانت الجارية باقية على تلك البائع وعليه رد ما أخذه وإن كذبه البائع وقال إنما اشتريت لنفسك والمال لك حلف على

الام المنسوب الى العرف قال ولا تكون العرايا الا في النخل والعنب لأنه لا يضبط خرص شيء غيره واقتصر في هذا الموضع على هذا وسيأتي عنه انه ذكر في موضع آخر تلويحاً الى القول الاول وهذا القول أعني قول النعم هو الاصح عند الروائي في الحماية والنفوس والمجراتي وابن أبي عمير والرافعي وغيرهم واستدلوا له بالحديث الذي ذكره المصنف وفي الاستدلال به نظر لأنه ان أريد أن النبي ﷺ منع في غير ذلك فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في مقابلة النص وان أريد أن الرخصة من النبي ﷺ لم تتفق في غير ذلك فصحيح لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا وان أريد أن الصحابي ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصورة على ذلك وأوجبنا الأخذ بذلك فينبغي أن لا يجوز العنب بالزبيب ولكن الاصحاب لما رأوا الحاق العنب بالرطب ظاهر اقويا لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه الأمور ولما كان الحاق ماسوى ذلك من الثمار ليس بجلي

نفى العلم بالوكالة وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر وسلم الثمن المعين إلى البائع وغرم الوكيل مثله للموكل • وان كان الشراء في الذمة نظر إن لم يسم الموكل ولكن نواه كانت الجارية للوكيل والشراء له ظاهراً وان سماه فان صدقه البائع بطل الشراء لاتفاقها على كونه للغير وثبت كونه بغير إذنه بيمينه وان كذبه البائع وقال انت مبطل في تسميته فيلزم الشراء الوكيل ويكون كما لو اقتصر على النية أو يبطل الشراء من أصله فيه وجهان سبق ذكرهما في أخوات هذه الصورة (والأظهر) وبه قال أبو اسحق صحته ووقوعه للوكيل وحيث صححنا الشراء وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً وزعمه أنها للموكل قال المزني عن الشافعي رضى الله عنه يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول له ان كنت امرته ان يشتريها بعشرين فقل بعته إياها بعشرين ويقول الآخرة قبلت فيحل له الفرج قال الأئمة ان أطلق الموكل وقال بعته بعشرين وقال الوكيل اشتريت صارت الجارية له ظاهراً وباطناً وان علق كما ذكره المزني ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح البيع للتعليق والتعليق مما حكاه المزني من كلام الحاكم لا من الموكل (وأصحهما) الصحة لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط فلا يضر التعرض له كما لو قال هذا زكاة مالي الغائب ان كان سالماً يجوز له لأنه إنما يقع زكاة عن الغائب بهذا الشرط وسواء أطلق البيع أو علق فلا يجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل وتكذيباً لنفسه وان امتنع الموكل من الاجابة أو لم يرفق الحاكم به نظر ان كان الوكيل كاذباً لم يحل له وطؤها ولا التصرف فيها بالبيع وغيره وان كان الشراء بين مال الموكل لان الجارية حينئذ تكون للبائع وإن كان الشراء في الذمة ثبت الحل لوقوع الشراء عن الوكيل ضرورة كونه مخالفاً للموكل وذكر في التتمة أنه إذا كان كاذباً والشراء بمال الموكل فلا وكيلا بيعها اما بنفسه أو بالحاكم لأن البائع حينئذ يكون أخذ مال الموكل

قدموا ذلك اللفظ عليه لأن مثل ذلك لا يقل الا عند ظهور ما يدل عليه وقول امام الحرمين إن الاصحاب بنوا الخلاف في ذلك على القواين في أن الحرص هل يجري في ثمار سائر الاشجار (ان قلنا) لا يجري امتنع البيع للجباله (وان قلنا) يجري فيذني على أنا هل تقتصر في ذلك على الاتباع أو تتبع طريق الرأي والقياس فمن سلك الاتباع منع ومن جوز الرأي سوغ وذكر الامام أنه قدم الخلاف في الحرص في كتاب الزكاة وكذلك الغزالي رحمه الله قل فيه قولان مذكوران في الزكاة واعترض بعض الشارحين عليه وقول لم يتعرض لذلك في كتاب الزكاة ولا الامام ولا رأيت في موضع ما ولا يليق ذكره في الزكاة لأننا لا زكاة في ذلك فليتنبه لهذا (قلت) والغزالي وامامه مسبوقان بمثل هذا الكلام من القاضي حسين لكن الاعتراض المذكور صحيح وقد يقال في جوابه إن ذلك يأتي على القول بتقديم في وجوب الزكاة في الزيتون وما ذكر معه مما سوى الرطب والعنب وأما قول المصنف

لا عن استحقاق وقد غرم الوكيل للموكل فله أن يقول للبائع رد مال الموكل أو اغرمه ان كان قالاً لكنه قد تعذر ذلك بسبب البين فله أخذ حقه من الجارية التي هي ماله ولو كان الوكيل صادقاً ففيه اوجه (أحدها) ويحكي عن الاصطاحري أنها تكون للوكيل ظاهراً وباطناً حتى يحل له الوطء وكل تصرف وبه قل أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل فاذا تعذر نقله منه بقي على ملكه ومنهم من خص هذا الوجه بما اذا كان الشراء في الذمة ولم يطرده في الحالين واليه مال الامام رحمه الله تعالى (وثانيها) أنه ان ترك الوكيل مخاصمة الموكل فالجارية له ظاهراً وباطناً وكأنه كذب نفسه والافلا (وثالثها) وهو الأصح أنه لا يملكها باطناً بل هي للموكل وللوكيل الثمن عليه فهو كمن له علي رجل دين لم يؤده فظفر بغير جنس حقه من ماله فيجىء الخلاف أنه هل له بيعه وأخذ الحق من ثمنه (والأصح) أن له ذلك ثم يباشر البيع بنفسه أو يرفع الامر الى القاضي حتى يبيعه فيه وجهار (الصحيح) ههنا أن له بيعها بنفسه لأن القاضي لا يجيبه الى البيع ولأن المظفور بماله في سائر الصور يدعي المال لنفسه وتسايط غيره عليه قد يستبعد وههنا الموكل لا يدعي المال لنفسه (واذا قلنا) انه ليس له أن يأخذ الحق من ثمنها فتوقف في يده حتى يظهر مال كماله أو يأخذها القاضي ويحفظها فيه وجهان نذكرهما في نظائره * ولو اشترى جارية فقال له الموكل ما وكلتك بشرائها وانما وكلتك بشراء غيرها وحاف عليه بقيت الجارية المشتراة في يد الوكيل ويتألف كما مر (قوله) في أول الباب القول فيه قول الموكل اطلاق لفظ الموكل على المشتري في الصورتين بالخلاف في صفة الاذن أو قدره قويم حسن امكنه في صورة الاختلاف في أصل الاذن غير مستحق وكيف ونحن نصدقه بأنه غير موكل (قوله) صح على النص المراد منه ما حكيناه من كلام المزي وهو ظاهر في تصحيح البيع

لان سائر الثمار لا يدخر يابسها فاعلم أن القاضي أبا الطيب إنما فرض المسألة فيما يدخر يابسها فهو خلاف
الفرض لان صورة المسألة فيما يدخر يابسها كذلك فرضها القاضي أبو الطيب والامام في الجاف بالرطب
من سائر الثمار ويحتمل أن يكون مراده بالجاف ماهو على هيئة الادخار ولا بد من ذلك لأن العرايا
بيع رطب يابس واليابس الذي لا يدخر لا يرغب فيه وقوله ولا يمكن خرصها ان أراد عدم الامكان
الشرعي بمعنى أنه لم يشرع فيها الخرص فصحيح قال الشافعي في باب الوقت الذي يحل فيه بيع
الثمار ولم أحفظ عنه يعنى عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أهل العلم ان شيئاً من الحبوب تؤخذ زكاته
يخرص ولو احتاج اليه أهله رطباً لانه لا يدرك علمه كما يدرك علم ثمرة النخل والعنب وان أراد نفي
الامكان الحسى فقد يمنع (نعم) هو عسر لما ذكره المصنف من العلة فاذلك لم يدخل الخرص فيه شرعاً
فان الغالب عليها الا متنازع في الاوراق وعدم الظهور والذي علل به القاضي أبو الطيب أن العشر

يأبى عن قبول التأويل المذكور (وقوله) ولكن له بيعها واخذ العشرين من ثمنها معلوم بالواو - لما مر (وقوله)
لا يملكها - بالخاء - (وقوله) لانه ظفر بغير جنس حقه إشارة الى ما ذكرنا من أن الظافر ههنا أولى بالتمسك *
﴿ فرع ﴾ لو باع الوكيل بالبيع نسيئة وقال كنت مأذوناً فيه وقال الموكل ما أذنت لك الا
في بيعه نقداً فالقول قول الموكل كما مر ثم لا يخلو اما ان ينكر المشتري الوكالة أو يعترف بها (الحالة
الأولى) أن ينكر الوكالة أو يقول إنما عرفت البائع مالاً فالموكل يحتاج الى البينة فان لم تكن بينة
فالقول قول المشتري على نفي العلم بالوكالة فان حلف قرر المبيع في يده والا ردت على الموكل فان
حلف حكم بطلان البيع والا فهو كالحلف المشتري ونكل الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري
لا يمنعه من الحلف على التوكيل فاذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع أو مثله ان كان مثلياً
والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتي يحل الأجل مؤاخذه له بموجب تصرفه فاذا حل نظر ان رجع
عن قوله الأول فصدقه الموكل فلا يأخذ من المشتري الا أقل الأمرين من الثمن أو القيمة لأنه ان كان
الثمن أقل فهو موجب عقده وتصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير وان كانت القيمة أقل
فهو الذي غرمها فلا يرجع الا بما غرم لأنه قد اعترف آخرأ بفساد العقد فان لم يرجع وأصر على قوله
الأول فيطالبه بالثمن بتمامه وان كان مثل القيمة أو أقل فذاك وان كان أكثر فالزيادة في يده للموكل
ينكرها فيحفظها أو يلزم دفعها الى القاضي فيه خلاف مذكور في موضعه وسأل الامام نفسه ههنا
وقال إذا أنكر الموكل التوكيل بالبيع نسيئة كان ذلك عزلاً للوكيل على رأى فكيف يملك الوكيل
بعد استيفاء الثمن وأجاب عنه بأنه إنما استوفى الثمن لأن الموكل ظلمه بتفريغه في زعمه واعتقاده والثمن
على المشتري ملكه فان كان من جنس حقه فقد ظفر بجنس حقه من مال من ظلمه وان كان من غير الجنس

لا يجب فيها ولا يسن الخرص فيها كما فعل في الجانب الآخر والله أعلم • وليس في كلام الشافعي رضي الله عنه في الحاق العنب وقطع بقية الثمار عن الالحاق الى كون العنب يخرص وهي لا تخرص والله أعلم • وفي موضع آخر قال لانه لا يضبط يخرص شيء غيره وهذه العبارة أسلم عن الاعتراض من عبارة المصنف (والطريق الثاني) أنه لا يجوز قولاً واحداً وهو الصحيح عند المحامي والروائي ونقله العمراني عن حكاية صاحب المعتمد ومن الجازمين به سليم في الكفاية وفرق المحامي بينه وبين المساقاة بأن المعني الذي لأجله جوزت المساقاة في الرطب والعنب أن صاحب النخل والكرم يحتاج الى من يقوم على ثمرته ويسقيها ويتعهدا فدعت الحاجة الى جواز المساقاة عليها على أحد القولين وليس كذلك بيع العرايا لأنه إنما يجوز ذلك في الرطب والعنب لأنه يمكن معرفة قدره بالخرص وهذا المعني لا يوجد في غيرها من الثمار فلذلك لم يجز البيع قولاً واحداً والظاهر الطريقة

فياخذها أيضاً ولا يخرج على القولين بالظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة لأن المالك يدعيه لنفسه ويمنع الغير عنه والموكل لا يدعي الثمن ههنا وأول مصرف يعرض له التسليم إلى الغارم الوكيل وهذا ما أراد صاحب الكتاب بقوله في مسألة الجارية فيقطع بجواز أخذه والمذهب المشهور تخريجه على الخلاف في ذلك الأصل على ما مر ولك أن تعلم قوله ويقطع بجواز أخذه وعليك أن تعلم أن الظاهر خلافه (الحالة الثانية) أن يعترف المشتري بالوكالة فينظر أن صدقه الموكل فالبيع باطل وعليه رد المبيع إن كان باقياً وإن تلف فالموكل بالخيار إن شاء غرم الوكيل لتعديده وإن شاء غرم المشتري لتفرع يده على يد مضمونه وقرار الضمان على المشتري لحصول الضمان في يده (نعم) يرجع بالثمن الذي دفعه إلى الوكيل لخروج المبيع مستحقاً وإن صدق الوكيل فالقول قول الموكل فإن حلف أخذ العين وإن نكل حلف المشتري وبقيت له •

قال (الثاني في المأذون فإذا قال تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فقال الموكل بعد لم تتصرف فتولان (أحدهما) القول قول الوكيل لأنه أمين وقادر على الأنشاء والتصرف اليه (والآخر) لا فإنه اقرار على الموكل ملزم والأصل عدمه • وأما إذا ادعى تلف المال فالقول قوله لأنه ينبغي دفع الضمان عن نفسه • وكذا إذا ادعى رد المال سواء كان بجعل أو بغير جعل • وذكر العراقيون في تصديق الوكيل بالجعل وجهين •

في الفصل مسألتان (الأولى) إذا وكله ببيع أو هبة أو صلح أو طلاق أو إعتاق أو إبراء فقال الوكيل تصرفت كما أذنت وقال الموكل لم تتصرف بعد نظر أن جرى هذا الخلاف بعد انزال الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينة لأنه غير مالك للتصرف حينئذ وإن وقع قبله فتولان (أحدهما) أنه يصدق

الاولى لأن الشافعي قال في باب بيع العرايا من الأم وكل ثمرة ظاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك
والشمش والكثير والاحاص وغير ذلك مخالفة للتمر والعنب لأنها لا تخرص لتفريق ثمارها والحائل
من الورق دونها وأحب إلى أنه لا يجوز بما وصفت ولو قال رجل هي وان لم تخرص فقد رخص منها
فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحرى فأجيزه كان مذهبا هذا لفظ الشافعي بحروفه وهذه الصيغة منه
تقتضي اثبات قول آخر بالجواز وان كان الراجح عنده ما قدمه وهو المنع ومقتضى تجويز العرايا فيها
جواز الخرص فيها والا فكيف تباع العرايا وكيف ما قدر فالأصح المنع ومن صححه الروياني والبعوي
والجرجاني والرافعي وآخرون والله أعلم * وقول الشافعي رخص منها فيما حرم من غيرها أي ما يباع
بالتحرى هكذا رأيت في نسخة معتمدة من الأم ونسخة ثانية منها أيضا وفيه اشكال لأن ظاهره أنه رخص
منها في شيء حرم من غيرها أن يباع بالتحرى وان كان مقتضى الجواز وذلك معني لا ينساع ولا فرق
بينها وبين غيرها في أن يبيعها بجنسها بالتحرى غير جائز وبغير جنسها جائز ورأيت أبا بكر أحمد بن

الوكيل يمينه لانه ائتمنه فعليه تصديقه ولأنه مالك لأنشاء التصرف ومن يملك الانشاء يقبل إقراره
كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلا في النكاح إذا اختلف فيه
الوكيل والموكل فالقول قول الموكل (والثاني) ان القول قول الموكل لأن الأصل العدم ولأن
الوكيل مقر عليه بزوال الملك عن السلعة فوجب أن لا يقبل بخلاف ما إذا ادعى الرد أو التلف فانه يبغي
دفع الضمان عن نفسه لا إلزام الموكل شيئا وما الأصح من القولين وما كيفيةهما (أما الأول) فكلام أكثر
الاصحاب ترجيح تصديق قول الموكل وهو اختيار ابن الحداد ورجحه الشيخ أبو علي من جهة القياس (وأما
الثاني) فان قول تصديق الموكل منقول عن الشافعي رضى الله عنه في مواضع واختلف الناقلون في
القول الآخر فذكر الروياني وغيره أنه منصوص عليه في الرهن الكبير قال الشيخ أبو علي انه مخرج
خرجه ابن سريج على هذه الطريقة وما أبدلوا لفظ القولين بالوجهين وفي المسألة وجه ثالث وهو
أن ما يستقل به الوكيل كالطلاق والاعتاق والابراء يقبل فيه قوله مع يمينه وما لا يستقل كالبيع لا بد
فيه من البينة ولو صدق الموكل في البيع ونحوه ولكن قال كنت عزلتك قبل التصرف وقال
الوكيل بل كان العزل بعد التصرف فهو كما لو قال الزوج راجعتك قبل انقضاء العدة وقالت انقضت
عدتي قبل أن تراجعني ولو قال الموكل قد باع الوكيل فقال الوكيل لم أبيع فان صدق المشتري الموكل
حكم بانتقال الملك اليه وإلا فالقول قوله (الثانية) دعوى الوكيل تلف المال مقبول مع يمينه كما
في المودع وكذا دعواه الرد على اختلاف ذكرناه في الرهن والظاهر القبول أيضا وقد ذكر صاحب

بشرى المصرى فى كتابه المختصر المنبه من علم الشافعى نقل اللفظ المذكور بصيغة سالمة عن هذا الاشكال قال ولو قال رجل هى وان لم تخرص فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيزه كان مذهبا فأسقط لفظة منها واستقام المعنى وصار المعنى لانه كما رخص فيما هو حرام من غيرها أن يباع بالتحري جاز فيها ولم يصرح بوجه اللاحق والله أعلم * وعبارة الشافعى فيما نقله الماوردى فى الحاوى ولو قال قائل يجوز التحري فيها كان مذهبا وهذا الاشكال فى فهمه (فائدة) قال ابن الرفعة ان قلت انه يجب اذا منعنا القياس فى الرخص كما هو قول الشافعى القديم وقول غيره أن لا يقاس العنب على الرطب ولا نعلم قائلا به فى مذهبنا وأجاب بأن السؤال صحيح ان صح أن الشافعى كن يمنع القياس فى الرخص فى القديم وجوابه لعله كان فى القديم يرى ان اسم العربية لا يختص بالرطب (قلت) وقد تقدم رد قول من جعل ذلك منصوصا وترجيح كونه ثابتا بالقياس وأما كون الشافعى له قول

الكتاب حكم دعواه الرد مرة فى باب الرهن الا أن لفظه فى حكاية طريقة العراقيين هناك جواب على احد وجهيهم وهو أن الوكيل بالجعل غير مصدق وههنا نص على الوجهين كما ذكرناهما فى شرح طريقهم هناك وقد بينا ثم ان تسويته بين دعوى التلف والرد فى نقل الخلاف على خلاف ما أورده الجمهور ولفظه ههنا صالح لما ذكره هناك ولما هو الحق أن يفصل بين قوله وكذا اذا ادعى رب المال عما قبله وكل ما ذكرناه ههنا وهناك فيما اذا ادعى الأمين الرد على من أئتمنه أما إذا ادعى الرد على غيره فقد ذكره صاحب الكتاب فى الوديعة وستأتى إن شاء الله تعالى ومن مسائله دعوى القيم الرد على اليتيم الذي كان يقوم بأمره وهى مذكورة فى هذا الباب من بعد (ومنها) أن يدعى الوكيل الرد على رسول المالك لاسترداد ما عنده فلا خلاف فى أن الرسول إذا أنكر القبض كان القول قوله مع يمينه وأما الوكيل فالذهب أنه لا يلزمه تصديق الوكيل لانه يدعى الرد على من لم يأتمنه فليقم البينة وفى وجه عليه التصديق لأنه معترف برسالته ويدرسوله يده فكانه ادعى الرد عليه *

قال (وكذلك) لو قال قبضت الثمن وتاف فى يدي وكان ذلك بعد التسليم فالقول قوله لان الموكل يريد أن يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء * فأما إذا كان قبل التسليم فالقول فيه قول الموكل والأصل بقاء حقه *

إذا وكل وكىلا باستيفاء دين له على إنسان فقال استوفيته وأنكر الموكل نظر إن قال استوفيته وهو قائم فى يدي فخذ فعليه أخذه ولا معنى لهذا الاختلاف ولو قال استوفيته وتلف فى يدي فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل لان الأصل بقاء حقه فلا يقبل قول الوكيل

يمنع القياس في الرخص حتى يلزم عليه ما أورده نالم أعلم الشافعي قولاً بذلك ولا وقفت عليه في نقل
معتمد وليس عند الشافعي باب يمتنع فيه القياس إذا اجتمعت شروطه وقد ذكر الغزالي في المستصفى
قياس العرايا من قسم ما استثنى عن قاعدة سابقة ويتطرق إلى استثنائه معنى في قياس عليه كل مسألة
دارت بين المستقر ومشارك المستثنى في علة الاستثناء ومثل بالعرايا فإنه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا
لكن استثنى للحاجة فتقيس العنب لأننا نراه في معناه نعم لنا رخص لا يوز القياس عليها إلا لأجل
أنها رخص بل لأنه لم يوجد فيها شروط القياس كرخص السفر والمسح وأكل الميتة والعاقلة وأرشد
الجنابة والفرة والشفعة والقسامة ونظائرها وهذه أمثلة من قسم ترحم النزالي عنه بالقواعد المبتدأ العديّة
النظير فهذه إنما امتنع القياس فيها لعدم نظيرها وليس كل رخصة كذلك فاعمل من نقل عن الشافعي أنه لا
يقيس في الرخص المقيس عليه بذلك فلا يرجع على هذا النقل إلا بعد تثبيت والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الجرجاني لا تجوز العرية في الزرع بخلاف الكرم والنخل لأن أعداقها
وعنا قيدها بمجموعة بارزة *

والديون إلا بينة هذا ظاهر المذهب وجعله بعضهم على الخلاف المذكور فيما إذا اختلفا في البيع
ونحوه وعلى الأول فإذا حلف الموكل أخذ حقه ممن كان عليه ولا رجوع له على الوكيل لاعتراؤه أنه
مظلوم ولو وكله بالبيع وقبض الثمن أو البيع مطلقاً وقلنا الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن واتفقا على
البيع واختلفا في قبض الثمن فقال الوكيل قبضته وتلف في يدي وأنكر الموكل فهذه مسألة الكتاب
وفي معناها ما إذا قل قبضته ودفعته إليك فأنكر الموكل القبض ففي المصدق منهما طريقان
(أحدهما) أنه على الخلاف المذكور في البيع وسائر التصرفات (وأظهرهما) أن هذا الاختلاف إن
كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل كما في المسألة السابقة وإن كان بعد تسليمه فوجهان (أحدهما)
الجواب هكذا لأن الأصل بقاء حقه (وأصحهما) وبه قال ابن الحارث أن القول قول الوكيل لأن
الموكل ينسبه إلى الخيانة قبل قبض الثمن ولزوم الضمان والوكيل ينكر فاشبه ما إذا قال الموكل طالعك
برد الثمن الذي دفعته إليك أو بضمن المبيع الذي قبضته فامتنعت مقصراً إلى أن تلف فقال الوكيل
لم تطع البني ولم أك مقصراً فان القول قوله وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقاً أو
حالاً فان أذن في التسليم قبل قبض الثمن أو أذن في البيع بضمن مؤجل وتنازعا في القبض بعد الأجل
فهنا لا يكون خائفاً بالتسليم قبل القبض والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم فإذا صدق الوكيل
فخلف فهل تبرأ ذمة المشتري فيه وجهان (أحدهما) نعم لأننا قبلنا قول الوكيل في قبضه الثمن
فاكتفى بموجبه (والثاني) لا لأن الأصل عدم الأداء وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لاثمائه إياه

﴿ فرع ﴾ لو باع الرطب على الشجر بجنس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرص قل أو كثر ويتقاضان نص عليه الشافعي والأصحاب ولو بيعت العرايا بتقد أو عرض موصوف من كل ماعدا الماء كقول والمشروب إلى أجل وقبض المشتري العربية حاز نص عليه الشافعي رضي الله عنه •

﴿ فرع ﴾ قال إمام الحرمين وحق الفقيه أن لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدناه في كتاب الزكاة من تفصيل القول في بيع الثمار وفيها حق المساكين أو لاحق فيها والتنبيه كف يعني أنه إذا باع من في ملكه خمسة أوسق فصاعدا بحيث يجب عليه الزكاة فإن الزكاة تتعلق بالثمرة يبدو الصلاح وبيع المال وفيه حق الزكاة مذكور بأحكامه وتفصيله في ذلك المكان وذلك بعينه جار هنا لأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بثمر أو بنبق فيجىء إذا أطلقنا هنا المراد من حيث ما نحن نتكلم فيه وأما تلك التفاصيل والأحكام فمعلومة في بابها والله أعلم • وقال الرويانى في البحر قال أصحابنا هذا إنما يجوز

وهذا أصح عند صاحب التهذيب والأول عند الامام وعلى الأول فإذا حلف الوكيل وبرأنا المشتري ثم وجد المشتري عيباً فإن رده على الموكل وغرم الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعتراضه بان الوكيل لم يأخذ شيئاً وإن رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ شيئاً ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بثمنه أن تثبت بها حقاً على غيره ولو خرج المبيع مستحقاً قال في التهذيب يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل لما مر ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن فقال الوكيل دفعته إليك وقال الموكل بل هو باق عندك فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم اليه والظاهر أن القول قول الوكيل ولو قال الموكل قبضت الثمن فادفعه لى وقال الوكيل لم أقبضه بعد فالقول قول الوكيل مع يمينه وليس للموكل طلبه الثمن فهو متعد بفعله والموكل أن يغرمه قيمة المبيع •

قال ﴿ الثالث إذا وكاه قضاء الدين فليشهد فان قصر ضمن بترك الاشهاد • وكذا قيم اليتيم لا يصدق (و) في دعوى رد المال • قال الله تعالى (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) • ومن يصدق في الرد إذا طواب بالرد هل له التأخير بقدر الاشهاد وجهان •

ذكر في أول الباب أن نزاع الموكل والوكيل في ثلاثة مواضع (وثالثها) في الوسيط النزاع في القبض وهو ما سبق في الفصل المتقدم على هذا الفصل وههنا جعل الثالث مما يشرع فيه الآن وترتيب الوسيط أحسن لأن أكثر المسائل من هذا الموضع إلى آخر الباب لا تتعلق له بالاختلاف وفي الفصل ثلاث صور (أحداها) إذا دفع اليه مالا ووكله بقضاء دينه ثم قال الوكيل دفعته إلى رب

إذا خرص عليه الزكاة وقلنا الخرص تضمن حتى يجوز له التصرف في الجميع قال وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمن أو أراد إذا لم يباع ما في حائط قدر ما تجب فيه الزكاة أو أراد الاقدر الزكاة إذا قلنا الخرص غيره انتهى وهذا يوافق ما أشار إليه الامام وأما هذا التنبيه عن القفل كذلك حكاه عنه تلميذه الفوراني وصاحب العدة ورأيت في كلامه في شرح التلخيص وأصله من كلام الشافعي رضي الله عنه فإنه تعرض لذلك في باب صدقة التمر من الام ولا حقله هناك تفريق الصدقة إذا باع ثم حائطه وسكت عن الصدقة وقد تقدم من كلام الشافعي وروايته أن معذوق الحائط أمر أن يأمر بالخرص أن يدع لأهل البيت قدر ما يراهم يأكلونه ولا يخرصه لأن أخذ زكاته ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الذي قاله هؤلاء الأئمة وتكون تلك العرية إذا فرضت على ما قاله الشافعي لا تتعلق الزكاة بها كما ذكر والله أعلم • لكن قد تقدم أن الأصحاب اتفقوا ذلك عن القديم وأن المشهور خلافه أما إذا فرض البيع فيما تعلق حق الزكاة به فلا شك في جريان ما نبهوا عليه وهذا الفرع الذي نبه عليه الشافعي

الدين وأنكر رب لا بن فاقول قوله مع يمينه لأن ما يأتي من الوكيل حتى يلزمه تصديقه والأصل عدم الدفع فإذا حلف طالب الوكيل بحقه وأمس له مطالبة الوكيل وهو يقبل قول الوكيل على الوكيل فيه قرآن (أحدهما) ثم حرجه بن سرج وشكى من أبي حنيفة لأن الوكيل قد أئتمنه فاشبه به ما إذا ادعى الرد عليه (وأصحهما) لا لا لا بد من البينة لأنه أمره بالدفع إلى من لم يئتمنه فكان من حقه الاثهاد عليه فلي الأول يحلف الوكيل وتنقطع مطالبة المالك عنه ولا يغنيه تصديق المدفوع إليه عن البين وعلى الأصح ينظر إن ترك الاثهاد على الدفع فإن دفع بحضور الوكيل فلا رجوع للموكل عليه في أصح الوجهين وإن دفع في غيبته فله الرجوع ولا فرق بين أن يصدق الوكيل على الدفع أولاً بعدة من أبي الخطاب وحده أنه لا يرجع بعد التصديق وإن كان الوكيل دفعه ثم كره أو كل أو كل أو كل أو كل مع يمينه ويرى أن قد شهد عليه كرهت الشهود أوجبوا أو عابوا فلا رجوع وإن كان قد شهد شاهد واحد أو فاسقين فيه خلاف وكل ذلك على ما ذكرنا في وجوع الضامن على الأصيل فإذا عرفت ذلك اعلمت قوله ضمن بترك الاثهاد وتبريله على الحالة التي يجب التنزيل عليها ولو أمره بإيداع ماله ففي لزوم الاثهاد وجهان مذكوران في الوديع (الثانية) إذا قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ فظاهر المذهب أنه لا يقبل قوله بل يحتاج إلى البينة لأن الأصل عدم الدفع وهو لم يئتمنه حتى يكاف تصديقه واحتج له أيضاً بأن الله تعالى قال (فاذا دفعتم إليهم أموالهم فليشهدوا بها) أمر بالاشهاد ولو كان قوله مقولاً لما كان يجوز أن يكون الأمر بالاشهاد إرشاداً أو تداعياً إلى التورع عن البين وعن رواية ابن المبرر ما وعيره وجه آخر أنه يقبل قوله

من أنه يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلونه مستفاد غريب ثم فيه مباحثة من جهة
ان حق المساكين قبل الحرص هل تعاق بالجميع أولا فان كان الأول فكيف ينقطع بافرد الحرص
من غير أن يفرد حقهم فيما عدا ذلك الا أن يحمل على الوثوق بأن الشئ ترى يتصدق به بشره كما
تقدم وان كان الثاني فيكون حقهم في نخلات مبهمة وحينئذ فهل ولاية اليتيم للمالك التصرف فيها
بالأكل وغيره قبل التعيين فاذا باع كوين كما لو باع الأربعين من الشياه التي تعاق بها الزكاة والله
أعلم فلا يجوز ولا يخرج على تفريق الدية على الادخ لأجل الابهام وأما اقتضاء كلام الرافعي
لترجيح الدية في ذلك فيما عدا قدر الزكاة فبعد فيجب تأويله وكذلك قال القفال في شرح التلخيص
ما ذكره اترين في ذلك هل يجب بالقطط أو بالكل فلر هذا القولان يخرجان على القول الذي يقول
ان الزكاة تجب في الذمة لافي الدين لأن الزكاة اذا وجبت في الذمة فان البيع يكون صحيحا في جميع
الأربعين فاذا أخذ الساعي منها واحداً كان ذلك عيبا *

مع يمينه لانه أمين (الثالثة) إذا طلب المالك من في يده المال بالرد فقال لأرد إلا بالشهاد ينظر إن
كان ممن يقبل قوله في الرد كما ودع والوكيل ففيه وجهان (أشهرهما) وهو الذي أورده العراقيون أنه
ليس له ذلك لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة إلى البيعة (والثاني) ويرى عن ابن أبي هريرة رحمه
الله أن له الامتناع كيلا يحتاج إلى اليمين فإن الأئمة يتحرزون عنها ما أمكنهم وفيه وجه ثالث أنه
إن كان التوقف إلى الاشهاد يورث تأخيراً أو تعويقاً في التسليم لم يكن له الامتناع وإلا فله ذلك
وان كان ممن لا يقبل قوله كما عاقب فإن كان عليه بيعة بالأخذ فله الامتناع إلى الاشهاد لانه يحتاج
إلى بيعة الاداء إن توجبت عليه بيعة الأخذ وإن لم تكن عليه بيعة بالأخذ فوجهان (أحدهما) عند
صاحب التهذيب أن له أن يمتنع إلى الاشهاد لأن قوله في الرد غير مقبول (والثاني) المنع لانه يمكنه
أن يقول ليس عندي شيء ويخاف عليه هذا ما أورده المشايخ العراقيون والمديون في هذا الحكم كمن
لا يقبل قوله في رد الاعيان *

قل (ولما عليه الحق) ح و ز (أن لا يسلم إلى وكيل المستحق إلا بالشهاد وان اعترف به
وان كان في يده تركة وأقر لانسان بانه لا وارث سواه لزمه (و) التسليم * ولم يجز له تسليفه شهادة
(و) على أن لا وارث سواه * ولو اعترف لشخص بأنه استحق الفأ عن جهة الحوالة ولكن خاف
انكار المحيل فهو كخوف انكار الموكل فعلى وجهين *)

إذا كان له دين في ذمة غيره أو عين في يد غيره فأتى ذلك الغير إنسان وقال أنا وكيل بقبضه فله
حالتان (إحداهما) أن يصدقه في دعوى الوكالة فله دفعه إليه واذا دفع ثم ظهر المستحق وأنكر

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رحمه الله في الأم ولا بأس أن يشتريها في الموضع من له حائط أي بستان بذلك الموضع لموافقة ثمرتها وفصلها أو قرنها لأن الحلال عام لا خاص إلا أن يخص بجزء لازم وإن حل لصاحب العرية شراؤها حل له هبتها وأطعامها وبيعها إذا حازها وما يحل له من المثال في ماله انتهى وهذه الفروع كلها واضحة لا خلاف فيها بين الأصحاب وفي قول الشافعي لموافقة ثمرتها إشارة إلى أن الأغراض في البياعات تختلف فلا يحصر الغرض في أن لا يكون لمالك الثمرة أو مثلها عند المشتري بل قد يكون مثلها عنده ويريد ضمها إليه

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي رحمه الله إن الخارص هنا يكفي فيه واحد بخلاف الزكاة على رأي والفرق أنه هنا نازل منزلة الكيل عند تعذره ويكفي في الكيل واحد فكذلك هذا وهل يشترط أن يكون غير المتعاقدين أو يكفي أحدهما قال القاضي أبو الطيب في كيفية الخرص أن ينظر المتبايعان إلى النخلة ويحذر أنها وذلك يقتضي الاكتفاء بهما ولا شك في ذلك كما أنهما لو علما المماثلة لا يشترط اخبار

الوكلة والقول قوله مع يمينه فإذا حلف فإن كان الحق عيناً أخذها فإن تلف فله نعيم من شاء منهما ولا رجوع للغارم منهما على الآخر لأنه مظلوم بزعمه والمظلوم لا يؤخذ إلا من ظلمه قال في التتمة هذا إذا تلف من غير تفريط منه فإن تلف بتفريط من القابض فينظر إن غرم المستحق القابض فلا رجوع وإن غرم الدافع فله الرجوع لأن القابض وكيل عنده والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه بأخذ القيمة منه وماله في ذمة القابض فيستوفيه بحقه * وإن كان الحق ديناً فله مطالبة الدافع بحقه وإذا غرمه قال المتولى إن كان المدفوع باقياً فله استرداده وإن صار ذاك للمستحق في زعمه لأنه ظلمه بتفريطه وذلك مال له ظفر به وإن كان تلفاً فإن فرط فيه غرم والا فلا وهل للمستحق مطالبة القابض ينظر إن تلف المدفوع عنده فلا لأن المال للدافع بزعمه وضمنه له وإن كان باقياً فوجهان عن أبي اسحق أن له مطالبة بتسليمه إليه لأنه إنما دفعه إليه ليدفعه إلى المستحق فكأنه انتصب وكيلًا في الدفع من جهته وبهذا أجاب الشيخ أبو حامد في التعليق (وقال الاكثرون) لا مطالبة لأن الأخذ فضولي بزعمه والمأخوذ ليس حقاً له وإنما هو مال المديون فلا تعلق للمستحق به (فإن قلنا) بالاول فأخذه بريء الدافع عن الدين وهل يلزم من عنده الحق دفعه إليه بالتصديق أم له الامتناع إلى قيام البينة غلى الوكالة نص أنه لا يلزمه إلا بعد البينة ونص فيما إذا أقر بدين أو عين من تركه إنسان أنه مات ووارثه فلان أنه يلزمه الدفع إليه ولا يكلف البينة والأصحاب طريقتان (أحدهما) وتقل عن أبي اسحق أن المسألين على قوانين في قول يلزم الدفع إلى الوكيل والوارث لأنه اعترف باستحقاقه الأخذ فلا يجوز له منع الحق عن المستحق وفيه قول لا يلزمه الدفع إلى واحد منهما إلا بالبينة (أما) في الصورة الأولى

غيرها وإنما الكلام ههنا لو خرص أحدها ولم يخرص الآخر وقال ابن الرفة فيه احتمال يتخرج على ما لو أذن من عليه التسليم بالكيل إلى مستحقه في كيله لنفسه هل يصح أم لا قل وفي ظني أنه مر فيه كلام يلتفت إلى اتحاد القابض والمقبض لأن الكيل أحد أركان القبض صار بكياله مقبضاً وقابضاً وأما الخرص ههنا فهو اخبار محض كما لو أخبر بمساواة هذه الضبرة لصبرته أو الدينار لديناره قد تقدم أنه يصح أن تكون تقدم في القبض بناء على ذلك من غير كيل أو وزن كلام وأن الراجح أنه لا يكفي حتى لو تفرقا قبل الكيل بطل العقد وههنا لا ينافي قبض الرطب ههنا بالتخدية الأولى بشرط فيه الكيل فظهر أن الخرص يكفي أن يكون واحداً وأنه يجوز أن يكون أحداً للمعاقدين والله أعلم •

فلا احتمال انكار الموكل (وأما) في الثانية فلاحتمال ستمناد اقراه بالموب الى ظن خطأ (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب تقرير النصين والعرف حصول اليأس رعمه عن عود الموب وصيرورة الحق للوارث وعدم اليأس عن انكار الموكل الوكالة ونقل الحق له (الثانية) أن لا يصدق فلا يكلف الدفع إليه فان دفع ثم حضر الموكل وحلف على نفي الوكالة وعزم كن له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً لأنه لم يعبرح بتصديقه وإنما في الأمر على ظاهر قوله فإذا تبين خلافه غرم ما غرم ولو أنكر الوكالة أو الحق وكان الوكيل مأذوناً في إقامة البينة أو قلنا ان الوكيل بالقبض مطلقاً بملك إقامة البينة فله أن يقيم البينة و يأخذ فان لم تكن بينة فهل له التحليف ينبنى على أنه اذا صدقه هل يلزمه الدفع إليه (إن قلنا) نعم فله تحليفه فاعله يصدق إذا عرضت اليمين عليه (وان قلنا) لا ينبنى على أن النكول ورد اليمين كإقامة البينة من المدعى أو كالأقرار من المدعى عليه (إن قلنا) بالأول فله تحليفه طمعاً في أن ينكل فيحلف الوكيل (وان قلنا) بالثاني فلا ولو جاء رجل وقال لمن عليه الدين أخطاني عليك فلان فصدقه وقلنا إذا صدق مدعى الوكالة لا يلزمه الدفع إليه فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزم أيضاً لأنه قد ينكر صاحب الحق كما ينكر صاحب الوكالة (وأصحهما) اللزوم لاعترافه بانتقال الحق إليه كالوارث وينبنى على الوجهين أنه لو كذبه ولم تكن بينة هل له تحليفه إن ألزمناه الدفع إليه له تحليفه والا فكما سبق • ولو قال مات فلان وله عندي كذا فهذا وصية فهو كما لو قال هذا وارثه ولو قال مات وقد أوصي به لهذا الرجل فهو كما لو أقر بالحوالة وإذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي أو لم نوجب فندفع ثم بان أن المالك حي ثم غرم الدافع فله الرجوع على المدفوع إليه بخلاف صورة الوكالة لأنه صدقه على الوكالة وانكار صاحب الحق لا يرفع بتصديقه وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكاله ثم جحد وهل هنا بخلافه والحوالة في ذلك كالوكالة (وقوله) في الكتاب ولمن عليه الحق أن لا يسلم إلى الوكيل المستحق له إلا بالأشهاد كان الأحسن أن يقول إلى من يدعى الوكالة عن المستحق وانظر الأشهاد ههنا بعيد عما هو المراد ان أراد

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه لان أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ويتفاضلان حال الادخار فلم يجوز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض فيه وجهان (أحدهما) يجوز لقوله ﷺ « لا تبيعوا التمر بالتمر الاسواء بسواء » (والثاني) لا يجوز لأنه يتحافى في الكيال فلا يتحقق فيه التساوي ولأنه يجهل تساويهما في حال الكمال والادخار فأشبهه بيع التمر بالتمر حزافاً •

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور مختصر من حديث عائدة من رواية الشافعي في مختصر المزني وغيره كما قدمته في الفصل الذي جمع فيه الاحاديث الواردة في تجريم ربا الفصل فليس هذا اللفظ الذي ذكره المصنف ككاه قطعة منه بل لفظه « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء » فاختصر المصنف منه هذه اللفظة وذلك

به البينة لأن المفهوم من الاشهاد ما يستعمل اللفظ له في المسائل قبل هذا الفصل ويمكن أن يراد اشهاد الوكيل على الموكل (قوله) وان اعترف معلم - بالواو - لما نقلناه من طريقة القولين والحال ان عند أبي حنيفة يجب دفع الدين الى من أقر بوكالته ولا يجب دفع العين وفرق بينهما بأنه في الدين أقر بثبوت المطالبة المدعى الوكالة في ماله وفي العين يقر بهال النير فلا يلتفت اليه وبالزاي لأن أبا اسحق الشيرازي وغيره حكوا عن المزي أنه يلزمه تسليم الحق اليه ولم يفرقوا بين الدين والعين (وقوله) في مسألة الوارث لزمه التسليم معلم - بالواو - لما مر •

قال ﴿ ولو ادعى علي الوكيل قبض الثمن فجدد فافيم عليه بينة بالقبض فادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود للقبض لم يقبل قوله لأنه خائن ولا بينته (و) لأنه لا تسمع دعواه • ولو ادعى بعد الجحود رداً سمع الدعوى (و) ولا يصدق لأنه خائن • ولكن تسمع البينة • ولو ادعى التلف صدق ليبراً من العين ولكنه خائن فيلزمه الضمان •

إذا ادعى على انسان أنه دفع اليه متاعاً ليديعه ويقبض ثمنه وطالبه برده أو قال بونه رقبته ثمن فسلمه الى فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى بينة على ما ادعاه فادعى المدعى عليه أنه كان قد تلف أو رده فينظر في صيغة جحوده ان قال مالك عندي شيء أو لا يلزمني تسليم شيء اليك قبل قوله في الرد والتلف لأنه إذا كان قد تلف أو رده كان صادقاً في انكاره ولم يكن بين كلاميه تناقض وان أقام عليه بينة وان كان صيغة جحوده أنك ما وكلني أو ما دفعت الي شيئاً أو ما قبضت الثمن وهذه صورة مسألة الكتاب فينظر ان ادعى التلف أو الرد قبل أن يجحد لم يصدق لأنه مناقض

جائز عند من يجوز الرواية بالمعنى لاسيما في مثل هذا الموضع الذي يقصد به الاستدلال دون الرواية فانه يفتقر ذلك * (أما) حكم المسألة فقد سوى الشيخ أبو حامد بين المسألتين وجعل الوجهين مطلقا سواء أباع ما نزع منه النوى بما لم ينزع منه أم بمثله كذلك فيما علقه البندنجي عنه وفيما علقه سليم حكي الوجهين في المسألة الأولى وسكت عن الثانية ويعلم جريانها فيهما بطريق والحاملي ونصر المفدسي حكيا الوجهين في المسألتين أيضا وجزم البغوى في المسألتين بالمنع وكذلك الامام جزم بالمنع ثم حكى أن العراقيين ذكروا وجها في المنزوع بالمنزوع فاستبعده جدا قال ثم جاءوا بما هو أبعد منه وذكروا خلافا في بيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوع النوى وهذا ساقط لا يحتفل بمثله قال الفارقي تلميذ المصنف رحمه الله معني قوله يتفاضلان حال الادخار أهما قبل نزع النوى اذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لأنه تنفش أجزاؤه بالنزع وتتجافى في المكيال *

لقوله الأول ولزمه الضمان وان أقام بينة على ما ادعاه فوجهان (أولاهما) أنها تسمع لأنه لو صدقه المدعى لسقط عنه الضمان فكذلك اذا قامت الحجة عليه وأيضا فلما يذكر في الودیعة (والثاني) وهو الأظهر عند الأمام وهو الذي أورده في الكتاب أنها لا تسمع لأن جحوده الأول كذب هذه البينة وعلل في الكتاب عدم سماع البينة بعدم سماع الدعوى ونجى فيه نحو الأمام فانه قال كل بينة تقام فان قيامها يستدعى دعوى من يقيمها فان فسدت الدعوى استقلت البينة وهي غير مسموعة من غير دعوى لكن من يقول بسماع الدعوى كيف يسلم عدم سماع الدعوى اذا الدعوى قد تسمع بمجرد تحليف الخصم لما سبق في باب الزهن وقبله وان ادعى الرد بعد الجحود لم يصدقه لصيرورته خائنا لكن لو أقام بينة فالمنشهور في هذا الباب أنها تسمع ورأى الأمام رحمه الله تعالى أن يكون سماع البينة على الوجهين السابقين لتناقض دعوى الرد والجحود وهو حسن موافق لما ذكرناه في باب الودیعة وان ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين ولكن يلزمه الضمان لحياته وهذا كما اذا ادعى الغاصب التلف *

(فرع) لو قال بع هذا ثم هذا لزمه رعاية الترتيب قاله القفال ولو جعل للوكيل بالبيع جملا فباع استحقه وان تلف الثمن في يده لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل واذا ادعى خيانة عليه لم تسمع حتى يتبين القدر الذي خان به بأن يقول بعث بعشرة وما دفعت الى الا خمسة واذا وكل بقبض دين أو استرداد وديعة فقال المديون أو المودع دفعت وصدقه الموكل والوكيل منكر هل يغرم الدافع بترك الأشهاد فيه وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الأشهاد ومن قل أنا وكيل في بيع أو نكاح وصدقه من يعامله صح العقد فلو قال الوكيل بعد العقد لم أكن مأذونا فيه لم يلتفت

﴿ فرع ﴾ الشمس والخور ونحوهما لا يبطل كما لها نزع النوى فى اصح الوجهين لأن الغالب فى تجفيفها نزع النوى قاله الرافعى وصاحب التهذيب وكلام الفورانى يقتضى أن الوجهين فيها تفريع على منع بيع الثمر المزروع النوى بعضه ببعض فانه قاس المنع فى ذلك على الثمرة ومن ذلك يعلم أن الخلاف قريب ان جوزنا فى الثمر المزروع النوى فهذا أولى والا فوجهان وكذلك أورده يعقوب بن عبد الرحمن بن أبى عاصرون فيما جمع من المسائل والفرق بما ذكره الرافعى وفرق فى الابانة بأن الثمر

الى قوله ولم يحكم ببطلان العقد وكذا لو صدقه المشتري بحق من يوكل عنه الا أن يقيم المشتري بينة على اقراره بانه لم يكن مأذونا من جهته فى ذلك التصرف والله أعلم *

❦ كتاب الاقرار ❦ وفيه أربعة أبواب ❦

❦ الباب الأول فى أركانه ❦

وهى أربعة (الركن الاول) المقر وهو ينقسم إلى مطلق ومحجور * فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على انشائه * والمحجور عليه سبعة أشخاص * الصبي وإقراره مسلوب مطلقاً * نعم لو ادعى أنه بالغ بالاحتمال فى وقت إمكانه يصدق اذلا يمكن معرفته الا من جهته * ولو ادعى البلوغ بالسن طواب بالبينه * والمجنون وهو مسلوب القول مطلقاً * والسكران وهو ملتحق بالمجنون أو الصاحي فيه خلاف مشهور والمبذر والمفلس وقد ذكرنا حكمهما *

الاقرار أصله الاثبات من قولك قر الشيء يقر وقررت اذا أقر به القرار ولم يسم ما يدعى فيه اقراراً من حيث إنه افتتحة اثبات ولكن لأنه اخبار عن ثبوت ووجوب سابق والأصل فيه من حيث الكتاب قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) قال المفسرون شهادة المرء على نفسه إقراره وعن رسول الله ﷺ أنه قال « قولوا الحق ولو على أنفسكم »^(١) ولا شك أن فى الاقرار

❦ كتاب الاقرار ❦

(١) ﴿ حديث ﴾ قولوا الحق ولو على أنفسكم رويناه فى جزء من حديث أبى على بن شاذان عن أبى عمرو بن السملك من حديث على بن الحسين بن على عن جده على بن أبى طالب قال ضمنت الى سلاح النبى صلى الله عليه وسلم فوجدت فى قائم سيفه رقعة فيها صل من قطعك وأحسن إلى من أساء إليك وقل الحق ولو على نفسك قال ابن الرنعة فى المطالب ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنه يتوى بالآية وفيما قال نظر لأن فى إسناده الحسين بن زيد بن على وقد ضعفه ابن الدينى وغيره وروى أحمد والطبرانى وابن حبان فى صحيحه من حديث عبد الله بن الصامت عن أبى ذر قال أوصانى خليلى صلى الله عليه وسلم بنحوال من الخير فذكرها وفيها وأوصانى أن أقول الحق وإن كان مرا *

إذا نزع نواه تسارع اليه الفساد وذكر الامام أن شيخه ذكر عن بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في اشتراط نزع النوى كما يشترط نزع العظم عن اللحم في ظاهر المذهب وقال إنه لم ير ذلك لغير شيخه وقال الامام إن المراتب ثلاثة التمر نزع نواه يمنع بيعه واللحم في ظاهر المذهب يتعين نزع عظمه إذا حاولنا بيع بعضه ببعض ويدهما الشمس وما في معناه فيجوز بيع بعضه ببعض مع النوى وفيه مع النزع الخلاف المذكور (قلت) فتحصلنا في الشمس ونحوه على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يشترط نزع النوى (الثاني) أنه يفسد ببيع النوى (والثالث) وهو الصحيح أنه يجوز بيع بعضه ببعض في الخالتين مع النوى ومن غير نوى قال الروياني إن الحواز قول القفال وقد تقدم في كلام الرافعي أنه الأصح • ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز وفيه وجه جرم به القاضي حسين في التعليق أنه لا يجوز بيع اللب باللب لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب في التتمة قاله الرافعي وهو ربوي قولاً واحداً قديماً وجديداً للتقدير والطعم قاله الامام وقد تقدم أنه ويجوز بيع الجوز بالجوز مع قشره على المذهب وكذلك اللوز • قال المصنف رحمه الله •

(ولا يجوز بيع نينه بمطبوخه لان النار تعقد أجزائه وتسخره فان بيع كيلا لم يجز لأهمالا يتساويان في الكيل في حال الادخار وان بيع وزنا لم يجز لان أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزناً ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه لان النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيجهل التساوي) * (الشرح) فيه مسألتان (إحدهما) أن ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد فيه بمطبوخه

مقراً ومقراً به وصيغة تترتب عليها المؤاخذة وهذه الأمور سماها في الكتاب أركاناً له ثم المقر به قد يكون مالاً وقد يكون غيره وعلى التقديرين فأما أن يعقب الاقرار بما يرفعه أو لا يعقب وإذا لم يكن المقر به مالاً قد يكون عقوبة من قصاص أو حد وقد يكون سباً أو غيره فجعل أبواب الكتاب أربعة (الاول) في الاركان (والثاني) في الاقارير المحملة (والثالث) في تعقب الاقرار بما يرفعه (والرابع) في الاقرار بالنسب وأما ماعدا النسب فما يقع في قسم ماعدا المال فلم يورده قدما لأصحاب في هذا الباب فتجربى على أمثالهم (الركن الاول) من الباب الاول المقر وهو إما مطلق أو محجور أما المطلق وهو المنفك عن أنواع الحجر فاقارره صحيح (وقوله) ينفذ اقراره بكل ما تقر على اسبابه كالدخل في هذا الركن فان الكلام فيه في المقر وهذا لا يضبط المقر به والضبط ما ينفذ اقرار المقر فيه على أنه يحتاج الى استثناء صور أقر بها بناء على أن الوكيل اذا قال تصرفت كما أذنت لي فقال الموكل لم تصرف لم يقبل قول الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء وكذا لو قال استوفيت ما أمرني باستيفائه ونازعه الموكل (ومنها) أن انشاء نكاح البنت الى وليها فاقارره غير مقبول ويمكن أن يزداد فيه فيقال ينفذ اقرار

قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر والأم لا يجوز من الجنس الواحد مطبوخاً بني، منه بحال قال في المختصر إذا كان انما يدخر مطبوخاً وقال في الأم لانه اذا كان انما يدخر مطبوخاً فأعطيت منه شيئاً مطبوخ فإني، إذا طبخ ينتقص فيدخل فيه النقصان في النية، ومن أمثلة ذلك أن يبيع العنب أو العصير بالدبس المتخذ منه وكذلك التمر بالدبس المتخذ منه لا يجوز قاله الصيمري والقاضي حسين واتفق الأصحاب على أن النية، أو القيد بالمطبوخ أو بالمشوي لا يجوز ولا فرق بين أن يكون المطبوخ مما يدخر أو مما لا يدخر (وأما) قوله في المختصر إذا كان انما يدخر مطبوخاً قال القاضي حسين إنه خطأ في النقل بل لا يختلف الحكم فيه وقال القاضي الروياني قبل عبارة الشافعي ولا يجوز من الجنس الواحد مطبوخاً منه بني، بحال ولا مطبوخ طبخ ليدخر مطبوخاً فنقل الزني هذا وقدم بعض كلام وآخر بعضه وعطف على المسألة الأولى وقيل معني ما نقل الزني وإن كان انما يدخر مطبوخاً وهو قول ابن داود وقصد به بيان أن هذا ليس بعذر (قلت) وقد علمت أن ما نقله الزني موجود مثله في الأم في تعليل الشافعي فالوجه تأويل ذلك

الإنسان في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بأسبابها أو يقل ما يقدر على أسبابه ويؤخذ المقر بموجب الإقرار به ولا يلزم نفوذه في حق الغير فتخرج المسائل (وأما) المحجور فقد ذكرنا في كتاب الحجر أقسامه فمنها حجر الصبي وأقاريره لأغية خلافاً لابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال إن كان مميزاً مأذوناً من جهة الولي صح إقراره كتصرفاته ولنا قول في صحة تدبيره ووصيته فعلى ذلك القول يصح إقراره بهما ولو ادعى أنه بالغ بالاحتلام أو ادعت الجارية البلوغ بالحيض في وقت إمكانها وقد سبق بيانه صدقاً وإن فرض ذلك في خصومة لم يخلفهما لأنه لا يعرف ذلك إلا من جهتهما فأشبههما إذا علق العتق على مشيئة الغير فقال شئت يصدق من غير عيبين وأيضاً فانهما إن صدقا فلا تحليف وإن كذبا فكيف يخلفان واعتقاد المكذب أنهما صغيران وقرب الإمام رحمه الله تعالى المسألة من الدائرات الفقهية فإن في تحليفه تصديق الصبي وبتصديق الصبي لا يخاف فإذا لوحاف لما حلف هذا ما نقله صاحب الكتاب وشيخه وبه قال أبو زيد وعلى هذا فإذا بالغ مبالغاً تيقن بلوغه قل الإمام رحمه الله تعالى أنه لا يخاف أيضاً على أنه كان بالغاً حينئذ لانا إذا حكمنا بموجب قوله فقد أنهينا الخصومة نهايتها فلا عود إلى تحليفه وفي التهذيب وغيره أنه إذا جاء واحد من الفرزة يطالب سهم المقاتلة وذكر أنه احتمل حاف وأخذ السهم فإن لم يخاف فوجهان عن صاحب النسخة تخريماً أنه لا يعطى وقال غيره يعطى لأن الظاهر استحقاقه بحضور الواقعة ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لامكانها نعم لو كان غريباً خامل الذكر فيلحق بدعوى الاحتلام أو يطالب بالبينة لامكانها من حيث المدعى وينظر في الإثبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار فيه ثلاثة احتمالات الإمام رحمه الله تعالى (والظاهر) الثاني لأنه إذا أمكن

وعدم حمله على الخطأ من الزنى وتأويله عسر بل هو قوى الدلالة على أن ما يدخر في حال كونه نيتاً وفي حال كونه مطبوخاً يجوز بيع النوى منه بالمطبوخ والتأويل الذي نقله الرويانى هو أقرب ما يتمحل مع تكافؤ وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يجوز ذلك على أصله في بيع الرطب بالتمر ولذلك والله أعلم عدل المصنف عن قياسه على الرطب بالتمر لأن الخصم يمنع الحكم فيه إلى ما ذكره والشيخ أبو حامد قاسه على الحنطة بدقيقتها والجامع أنهما على صفة يتفاضلا حالة الادخار ومن جملة أمثلة هذه المسألة بيع الدبس المتخذ من العنب بجمل العنب وهو ممتنع قال وحكى في التتمة والبخر وجه أنه يجوز بيع الدبس بالحل لأنهما اختلفا في الاسم والصورة والطبع قال المتولى وعلى هذا لا تعتبر المماثلة بينهما وهذا الذى حكيناه موافق للوجه الذى سيأتى عن حكاية الشيخ أبى محمد فى أن عصير العنب وخله جنسان ومال إليه الامام هناك وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى (المسألة الثانية) بيع مطبوخه بمطبوخه وقد نص عليه الشافعى أيضاً فى المختصر قال تلو الكلام المتقدم ولا مطبوخاً منه بمطبوخ لان النار تنقص من بعض أكثر مما تنقص من بعض وليس له غاية ينتهى اليها كما يكون للتمر فى اليبس غاية ينتهى اليها وقال معنى

اقامة البينة كلف اقامتها ولم ينظر الى حال المدعى وعجزه هذا فقه المسألة ولفظ الكتاب يشعر بأنه عذر دعوى الاحتمال اقراراً فان قوله نعم لو ادعى أنه بالغ بالاحتمال اقراراً كالاستدراك لقوله قبله واقاره مسلوب مطلقاً لكن عدها اقرار بعيد فان المفهوم من الاقرار الاخبار عن ثبوت حق عليه للغير ونفس البلوغ ليس كذلك ولهذا يطالب مدعى البلوغ بالسن بالبينة واختلفوا فى تحليف مدعى البلوغ بالاحتمال والمقر لا يكاف البينة ولا اليمين نعم لو قال أنا بالغ فقد اعترف بثبوت الحقوق المنوطة بالبلوغ فهو من هذا الوجه يكون متضمناً للاقرار لا أن نفسه اقرار وبتقدير كونه اقراراً فليس ذلك كقرار العبي بأنه إذا قال أنا بالغ يحكم ببلوغه سابقاً على قوله فلا يكون إقراره إقرار العبي حتى يحتاج الى الاستدراك (ومنها) حجر المجنون وهو مسلوب القول أيضاً بلا استثناء والسكران بين الصاحي والمجنون فبأيهما يلحق فى إقراره وتصرفاته فيه طرق للأصحاب تبسط فى كتاب الطلاق (ومنها) حجر المذرو المفسس وقد بينا حكم إقرارهما فى بابهما ما يقبل اقرار المفسس المحجور عليه فى النكاح دون السفه المحجور اعتباراً بالأقرار بالأنشاء قال الامام رحمه الله تعالى واقرار السفهية بأنها منكوبة فلان كقرار الرشيدة اذ لا أثر للسفه فى النكاح من جانب المرأة (قال) وفيه احتمال من جهة ضعف قولها وخيل عقلها والعلم عند الله * قال في الرقيق واقاره مقبول بما يوجب عليه عقوبة * ولو أقر بسرقة مال ووجب عليه القطع فى قبوله فى وجوب المال قولان * ولو أقر باتلاف مال وكذبه السيد لم يتعلق برقبته بل يطالب به بعد العتق * ولو كان مأذوناً فأقر بدين معاملة قبل وأدى من كسبه * ولو لم يستند الى معاملة بل

ذلك في الام في باب ما يجمع التمر وما يخالفه مقصوده بذلك الفرق بين ذلك وبين التمر حيث يجوز بيع بعضه ببعض وان كانت الشمس قد أخذت من أحدهما ومنهما فر بما يكون أخذها من أحدهما أكثر من أخذها من الآخر لكن له غاية في اليبس ينهي اليها والمطبوخ بخلافه وذكر الاصحاب فرقا آخر بين العصير المطبوخ وبين التمر فان التمر قبل أن يصير تمرًا لا يجوز بيع بعضه ببعض والرب أو الدبس مثلاً يجوز بيعه قبل هذه الحالة في كونه عصيراً فجرت حالة العصير بعد الطبخ لحالة التمر وهو رطب فلا يجوز الدبس بالدبس قال القاضي حسين وان طبخا في قدر واحد ومن جزم بهاتين المسألتين كما ذكره الحنف الشيوخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وآخرون وفي معنى الدبس عصير قصب السكر اذا عقد وصار عسلاً وكذلك ماء الرطب وعصير الرمان والسفرجل والتفاح •

(فرع) قال ابن أبي الدم بيع الطلي بالدبس لا يجوز والطلاء أرق من الدبس وبيع الطلي

أطلق في القبول خلاف • ولو أقر بعد الحجر بدين أسنده الى حال الاذن فالظاهر رده لأنه في الحال عاجز عن انشائه •

أحد المحجورين الرقيق واذا أقر اماً أن يقر بما يوجب عليه عقوبة أو غيره (اما) القسم الأول كالإقرار بالزنا وشرب الخمر والسرقه والقذف وما يوجب القصاص في النفس والطرف فذلك مقبول ويقام عليه موجب ما أقر به خلافاً لأحمد والزي حيث قال لا يقبل إقراره على نفسه بالعقوبات لأنه ملك السيد والإقرار في ملك الغير لا يقبل ويروى عن أحمد أنه لا يقبل إقراره بما يوجب القتل ويقبل بما يوجب سائر العقوبات • لنا ما روى (١) أن علياً رضي الله عنه قطع عبداً بإقراره وأيضاً فانه لو ظهر الحال بالبينه لأقيمت عليه العقوبات فاذا ظهر بالإقرار كان أولى لأنه أبعد عن التهمة فان كل نفس مجبولة على حب الحياة والاحتراز عن الألم واذا أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع وفي قبوله في المال قولان اذا كان المقر بسرقة تالفاً (أحدهما) أنه يقبل ويتعلق الضمان برقبته لأن إقراره لما تضمن عقوبة القطع انقطعت التهمة عنه (وأصحها) أنه لا يقبل كما لو أقر بمال ويتعلق الضمان بدمته اما أن يصدقه السيد فيقبض وان كان المقر بسرقة باقياً نظراً ان كان في يد السيد لم ينزع من يده الا بتصديقه كما لو أقر حر بسرقة ودفعه اليه وان كان في يد العبد فطريقان عن ابن سريج أن في انتزاعه القولين في التالف (فان قلنا) لا ينزع ثبت بدله في ذمته ويروى هذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى ويروى عنهما أنه لا يوجب القطع أيضاً والحالة هذه ومن الأصحاب من قطع بنفي القبول في المال كما لو كان في يد السيد لأن يده يد السيد ويخالف ماله كان تالفاً

(١) حديث (أن علياً قطع عبداً بإقراره ينظر فيه)

بمثله فيه وجهان وبيع الخل بالدبس فيه وجهان وبيع العصير بالخل ولأما فيه وجهان قال الماوردي ولا يجوز بيع الزيت المطبوخ بالنار ولا بالمطبوخ ويجوز بيعه بالمشوى والنار والمطبوخ وكذلك لا يجوز بيع المشوى بالمشوى ولا المطبوخ بالمشوى ومن صرح به القاضي أبو الطيب^(١) والرافعي وحزموا به ولا يجوز بيع الناطف بالناطف ولا الخنطة المقلية بالخنطة المقلية ولا بغير المقلية لغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات في اليابس بالنار وكذلك لا يجوز الخنطة المطبوخة بالمطبوخة والمشوية بالمشوية والمقلية بالمبلولة والمبلولة بالمشوية وأما بيع المبلولة بالمبلولة فإنه يمنع لكنه ليس على مسائل هذا الفصل وقد تقدم في بيع الرطب بالرطب صرح بجميع الأمثلة القاضي حسين وغيره وأكثر مسائل هذا الفصل لا خلاف فيها على ما يقتضيه إطلاق أكثر الأصحاب إلا الدبس ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المشهور الذي ادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه أنه لا يجوز مطلقاً وان طبخا في قدر واحد على ما صرح به القاضي حسين (والثاني) حكاه القاضي حسين أنه ان طبخا في قدر واحد جاز وأبطله القاضي بأن ما في أسفل القدر أسخن مما في أعلاه لكثرة

(١) بياض بالأصل

لأن غاية ما في الباب فوات رقبته على السيد إذا بيع في الضمان والأعيان التي تفوت عليه لو قبلنا إقراره منها لا ينضبط فيعظم ضرر السيد ومنهم من عكس وقال ان كان المال باقياً في يد العبد قبل إقراره بناء على ظاهر اليد وان كان تالفاً لم يقبل لان الضمان حينئذ يتعاق بالرقبة وهو محكوم به السيد وإذا اختصرت قلت في قبول إقراره بالمال أربعة أقوال يقبل مطلقاً لا يقبل مطلقاً يقبل إذا كان المال باقياً يقبل إذا كان المال تالفاً وقد أوردها صاحب الكتاب مجموعة هكذا في السرقة واقتصر ههنا على القولين الأولين • ولو أقر ثم رجع عن الإقرار كن كما لو أقر بسرقة لا توجب القطع ولو أقر بالقصاص على نفسه فعني المستحق على مال أو عفى مطلقاً وقلنا انه يوجب المال فوجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه يتعاق برقبته وان كذبه السيد لأنه إنما أقر بالعقوبة والمال يؤخذ بالعفو ولا ينظر احتمال أنه واطأه المستحق على أن يقر ويعفو المستحق لتفوت الرقبة على السيد لأن هذه التهمة ضعيفة إذ المستحق ربما يموت أو لا يفي فيكون المقر مخاطراً بنفسه (والثاني) أن الجواب هكذا ان قلنا موجب العمد القصاص (أما) إذا قلنا • وجبه أحد الأمرين ففي ثبوت المال قولان بناء على الخلاف في ثبوت المال إذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع وينسب هذا إلى صاحب الانصاح (وأما القسم الثاني) فإذا أقر بدين خيانة من جهة غضب أو سرقة لا توجب القطع أو اتلاف فصدقه السيد تعاق برقبته كما لو قامت عليه بينة فيباع فيه إلا أن يختار السيد الفداء وإذا بيع فيه وتبقى شيء من الدين فهل يتبع به إذا علق فيه قولان • ذكران في الجنایات وان كذبه السيد لم يتعاق برقبته وإن كان يتعاق بدمته يتبع به إذا علق رلاً يخرج على الخلاف فيما إذا بيع في الدين وتبقى شيء • لأنه إذا ثبت التعاق

مماسه النار (والوجه الثالث) حكاها الرافعي الجواز وكلامه يقتضى أنه مطلقا لا مكان ادخاره والذي عليه التعويل في تعليل المنع مطلقا ان العصير كامل واذا نظرنا الى مقدار من الدبس مقابله مثله فلا يدري كم في أحدهما من أجزاء العصير وكم في الدبس منه فكان كالدقيق بالدقيق نظرا الى توقع تفاوت في كمال سبق لأحب قال ولو قيل قد يخالف مكيال من الدبس مكيالا في الوزن لتفاوت في التعقيد لكان كذلك لكان لا معول عليه فان المعقديباع وزنا بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كمال العصير لأمكان ادخاره ولتأثير ما أخذ بعض العصير ليصير دبسا وقدر المأخوذ يختلف ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوبة مثلها وبالنسبة والزيت المغلى مثله و نالني كل ذلك لا يجوز •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لأن النار تعقد أجزائه فلا يعلم تساويهما ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء

في الذمة فكان الحق الحصر فيها وتعينت محلا للاداء وفي النهاية أن القياسين خرجوه على ذلك الخلاف وقالوا الفاضل عن قدر الدين غير متعلق بالرقبة كما أن أصل الحق غير متعلق بها ههنا • ولو أقر بدين معاملة نظر ان لم يكن مأذونا له في التجارة فلا يقبل اقراره على السيد ويتعلق المقر به بذمته يتبع به اذا عتق ولا فرق فيه بين أن يصدقه السيد أو يكذبه وان كان مأذونا له في التجارة قبل وأدى من كسبه وما في يده الا اذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض فلو أطلق المأذون الاقرار بالدين ولم يبين جهته وينزل على جهة دين المعاملة أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الاتلاف فيه وجهان (وأظهرهما) الثاني ولا فرق في دين الاتلاف بين المأذون وغيره ولو أقر عليه فأقر بعد الحجر بدين معاملة أسنده الى حال الاذن ففيه وجهان مبنيان على القولين فيما لو أقر المفلس بدين لزمه قبل الحجز هل يقبل في مزاحمته الغرماء (والظاهر) ههنا المنع لعجزه عن الانشاء في الحال وتمكن التهمة • واذا عرفت ما ذكرناه لم تخف عليك الموضع التي ينبغي أن تعلم بعلامات الاختلاف ورأى الامام رحمه تعالى أن يخرج وجوب القطع في مسألة الاقرار بالسرقة اذا لم تقبله في المال على الخلاف فيما اذا أقر الحر بسرقة مال زيد هل يقطع قبل مراجعة زيد وذلك لارتباط كل واحد منهما بالآخر وعلى هذا يجوز اعلام قوله ووجب عليه القطع - بالواو - •

﴿ فرع ﴾ قال في التهمة من نصفه حر ونصفه رقيق إذا أقر بدين جنابة لم يقبل فيما يتعلق بالسيد إلا أن يصدقه ويقبل في نصفه وعليه قضاؤه مما في يده وان أقر بدين معاملة فمضى صححنا تصرفه قبلنا اقراره عليه وقضيناها مما في يده ومتى لم نصححه فأقراره كإقرار العبد •

وأما تميزه من الشمع فصار كالعسل المصنفي بالشمس *

(الشرح) العسل إذا أطلقه فالمراد به عسل النحل لا غير فكل ما يتخذ من تمر أو قصب أو حب جنس آخر يجوز بيعه بعسل النحل متماثلاً ومتفاضلاً قال ابن سيده العسل لعاب النحل يذكر ويؤنث الواحدة عسلة وجمعه اعسال وعسل وعسول وعسلان إذا أردت أنواعه قال الشافعي رحمه الله في المختصر تلو الكلام السابق ولا يباع عسل نحل بعسل نحل الا محضين من الشمع لأنهما لو بيعا وزنا وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم وكذلك لو بيعا كيلاً وكذلك ذكر في الأم وقال وكذلك لو باعه وفي كل واحد منهما شمع وقال الشافعي في الأم فعسل النحل المنفرد بالاسم دون ما سواه من الحلو وقال فلا بأس بالعسل بعصير قصب السكر لأنه لا يسمى عسلاً الا على ما وصفت يعني من جهة كونه حلواً كالعسل وكذلك قال الشيخ أبو حامد في عسل الطبرزد وقال وهو ما بقي من السكر نخبياً كالسكر فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلاً وقال القاضي أبو الطيب

(فرع) اقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبته مردود وبدن الجناية مقبول الا أنه اذا بيع منه شيء وبقي شيء لم يتبع به بعد العتق الا أن نصدقه وكذا اقراره بدین المعاملة لا يقبل على العبد *

قال (والمریض وهو غير محجور عليه عن الاقرار في حق الأجانب * وفي حق الوارث أيضاً على الصحيح * وقيل فيه قولان * ولو أقر بانه كان وهب من الوارث في الصحة فالظاهر أنه لا يقبل أمجزه عن الانشاء في الحال * ولو أقر بدین مستغرق فمات وأقر وارثه عليه بدین مستغرق فيتزاحمان أو يقدم اقرار المورث لوقوع اقرار الوارث بعد الحجر فيه قولان * ولو أقر بعين ماله في المرض لشخص ثم أقر بدین مستغرق سلم العين للأول ولا شيء للثاني لأنه مات مفلاً * وان أقر الاقرار بالعين فكمثل * وفيه وجه آخر أنه اذا تأخر يتزاحمان *)

ومن المحجورين المريض مرض الموت وفي اقراره مسألتان (أحدهما) يصح اقراره بالنكاح بموجبات العقوبات وكذا لو أقر بدین أو عين لأجنبي وفي اقراره للوارث طريقان (أحدهما) أنه على التولين (أحدهما) أنه لا يقبل وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله لأنه موضع التهمة لقصد حرمان بعض الورثة فاشبه الوصية للوارث (وأصحهما) القبول كما لو أقر في حال الصحة والظاهر أنه لا يقر الا عن حقيقة ولا يقصد حرماناً فإنه انتهى الى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر (والثاني) القطع بالقبول وحمل قول الشافعي رضي الله عنه فيمن أجاز الاقرار لوارث اجازته ومن أبي رده على حكاية مذهب الغير وهذه الطريقة أصح عند صاحب الكتاب والأكثر رجحوا

عسل الطبرزد ان يطبخ السكر ثم يطرح في اجانة فاذا جمد أميلت الأجانة على جانبها فخرج منها العسل فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا ولا يجوز بيع عسل الطبرزد بعسل القصب متفاضلا لأنهما جنس واحد وهل يجوز تماثلا فيه وجهان لأجل الطبخ كما في السكر بالسكر حكاهما القاضي أبو الطيب وغيره ووجه الجواز أن ناره خفيفة وحمل القول في بيع العسل النحل بعرضه ببعضه انه ما أن يباع بشمعه أولا فان بيعه بشمعه فلا يجوز بمثله ولا بالصافي وقد تقدم ذلك في قاعدة مدعجوة ونقدم الفرق بينه وبين اللحم وفيه العظم بين التروفيه النوى من وجهين أن بقاء ذلك من مصلحته بخلاف الشمع (والثاني) أن الشمع له قيمة وان بيع العسل المصفي بمثله فاما أن تكون التصفية بالشمس أو بالنار فان صفي بالشمس فان ترك فيها حتى ذاب وتميز الشمع من العسل جاز بيع بعضه ببعض قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحامي وغيرهم ولا خلاف في ذلك وان صفي بالنار فاما أن تكون النار كثيرة بحيث تأخذ منه وينعقد بها وما أن تكون خفيفة بحيث يحميه بها ويصفيه من غير كثرة فان كانت كثيرة أترك حتى انعقدت

طريقة القوانين ونقلوا عن الاملاء نصه علي المنع وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه رجع اليها بعد ما كان يقول بطريق القطع بالقبول وقال مالك رحمه الله ان كان المقر منهما لم يقبل اقراره والا قبل ويجتهد الحاكم فيه واختاره القاضي الروياني لفساد الزمان •

(التفريع) ان قلنا لا يقبل فالاعتبار في كونه وارثا بحال الموت أم بحال الاقرار قيل فيه وجهان وقيل قولان (الجديد) أن الاعتبار بحال الموت كما في الوصية وهذا لان المنع من القبول كونه وارثا والوراثه تتعلق بحالة الموت وبهذا قال أبو حامد (والقديم) وبه قال مالك رحمه الله الاعتبار بحال الاقرار لان التهمة حينئذ تمكن (والاول) أظهر في المذهب وأشهر (وبالثاني) قال أبو اسحق واختاره القاضي الروياني فعلى الاول لو أقر لزوجته ثم أبانها أو لاخته ثم ولد له ابن صح الافرار ولو أقر لاجنبية ثم نكحها أو لاخته وله ابن مات لا يصح وعلي الثاني الحكم فيهما بالعكس ولو أقر في المرض انه كان قد وهب من وارثه وأقبض في الصحة أشار الامام رحمه الله الى طريقين (أحدهما) القطع بالمنع لذكره ماهو عاجز عن انشائه في الحال (والثاني) أنه على الفولان في الافرار للوارث ورجح صاحب الكتاب ههنا عدم القبول واختار القاضي الحسين القبول لانه قد يكون صادقا فيه فليكن ذلك له طريق الى اصال الحق الى المستحق ولو أقر لوارثه ولاجني معاهل يصح في نفسه الاجنبي اذا لم يقبل فيه قولان لابن سريج الظاهر الصحة (المسألة الثانية) أقر في صحته بدين لاسان وفي مرضه بدين لآخر فهما سواء كما لو ثبتا بالبينة وكما اذا أقر بهما في الصحة أو المرض وقال أبو حنيفة رحمه الله يقدم ما أقر به في الصحة حتى لو لم يفضل عنه شيء فلا شيء له ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ثم مات

أجزاءه ونحن لم يحز بيع بعضه ببعض كما تقدم في الدبس والزيت وشبههما وإن كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ماذاب قبل أن تنعقد أجزاءه جزم الشيخ أبو حامد والحاملي والجرجاني بالجواز هذه طريقة الشيخ أبي حامد وتبعه الحاملي والجرجاني عليها وأما القاضي أبو الطيب فإنه قال إن صفى بالنار اختلف أصحابنا فيه كما قال المصنف سواء حكما وتعليلا وأطلق القول في ذلك وكذلك الماوردي والبعقوي والرافعي وقال القاضي حسين إن قول المنع مخرج من قول الشافعي لا يجوز السلم في العسل المصفي بالنار ورد القاضي ذلك بأن السلم امتنع لأنه تعيب بدخول النار فيه والسلم في المعيب لا يجوز وكذلك الفوراني رد ذلك بمثل ما قال القاضي حسين (وأظهر) الوجهين عند الرافعي الجواز ونسبه الماوردي إلى سائر أصحابنا وهو الأصح عند ابن الصباغ والقاضي حسين (وقال) الروياني إنه المذهب لأن المقصود من عصره تميز الشمع عنه ونار التمييز لينة لا تؤثر في التعقيد فاشبه المصفي بالشمس ومن صحح الجواز ابن أبي عصرون وصاحب التتمة وهو الذي يقتضيه كلام الفوراني فإنه أطلق الجواز ثم ذكر

فاقر وارثه عليه بدين آخر فوجهان (أحدهما) أنهما سواء يتضاربان في التركة كما لو ثبت الدينان بالبينة وكما لو أقر بهما في حياته فإن الوارث خليفته وأقراره كإقراره (والثاني) أنه يقدم ما يقربه المورث لأنه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرف التركة عنه والوجهان جاريان فيما لو أقر الوارث بدين عليه ثم أقر لآخر بدين آخر عليه وهما مبنيان على أن المحجور عليه بالفلس إذا أقر بدين أسنده إلى ما قبل الحجر هل يقبل إقراره في زحمة الغرماء فيه قولان والتركة كمال المحجور عليه من حيث إن الورثة ممنوعون من التصرف فيها وهذا معنى قوله في الكتاب لوقوع إقرار الوارث بعد الحجر وإطلاقه القولين في المسألة خلاف رواية الجمهور فإنهم جعلوها وجهين ويمكن تنزيلهما على أنهما مخرجان من مسألة الفلس (وقوله) في تصوير المسألة بدين مستغرق غير محتاج إليه بل الخلاف ثابت فيما إذا زادت التركة على قدر الدين الأول ففي وجه يوزع عليهما وفي وجه يوفي الأول بتمامه ويصرف الفاضل إلى الثاني ولو ثبت عليه دين في حياته بالبينة ثم مات فاقر وارثه عليه بدين جرى الخلاف أيضاً فاذن ليس من الشرط أن يكون ثبوت الدين الأول بالإقرار وماله الأظهر من الخلاف أشار بعضهم إلى ترجيح وجه التقديم وقال في التهذيب التسوية أصح وهو موافق لما مر في مسألة الفلس وإن ثبت عليه دين في حياته أو موته ثم تردت بهيمة في بئر كان قد احتفرها في محل عدوان ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ماسبق فيما إذا جني المفلس بعد الحجر عليه قاله في التتمة وإذا مات وخلف ألف درهم فجاء وادعي أنه أوصى له بثلاث ماله فصدقه الوارث ثم جاء آخر وادعي عليه ألف درهم ديناً فصدقه الوارث قيل يصرف الثلث إلى الوصية لتقدمها وقيل يخرج على قولنا بأن إقراره

عن بعض الاصحاب أنه فصل بين المصفى بالشمس والمصفى بالنار ومنع في المصفى بالنار قال وهذا ليس بشيء كما رجحه الفوراني وما حكاهما الوجهان اللذان في الكتاب ويشبه أن يكونان هذان الوجهان منزائين على ما ذكره الشيخ أبو حامد من التفصيل ويكون ذلك تحقيق مناط هل حصل نقص أولا والله أعلم * وفرق الماوردي بين العسل والزيت المعلي حيث لا يجوز بيع الزيت المعلي ببعضه ببعض بأن النار دخلت في العسل بالصلاح وتمييزه من شمعه فلم تأخذ من أجزاء العسل شيئاً وكذلك السمن وإنما تأخذ النار فيما يدخل فيه الانعقاد واجتماع أجزائه قال حتى لو ان العسل المصفى أغلي بالنار لم يجوز بيع بعضه ببعض لان النار اذن لم تميزه من غيره و(اعلم) أن المصنف تكلم أولاً في المعروض على النار عرض عقد وطبخ كاللحم والدبس وما أشبه ذلك وقد تقدم شرحه وهذا القسم في المعروض على النار للتمييز والتصفية وذكر من أمثلة ذلك ما هو مختلف فيه وهو العسل الذي عذاب سرحه والسكر وسيأتي وقد يكون منه ما لا خلاف فيه فلم يتعرض المصنف له كالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز الغش ولا خلاف في جواز بيع بعضهما ببعض وقال ابن الرفعة الذهب والفضة اذا دخلا النار لا يمتنع بيع بعضهما ببعض لانها لا تؤثر في جزمهما نعم لو خالطهما غش فادخلا النار لخلصه فقد يقال بامتناع بيع البعض ببعض لأنها قد تؤثر في اخراجه في أحدهما أكثر مما تؤثر في الآخر وقد يقال بانه يجوز

الوارث والموروث يتساويان ولو صدق مدعى الدين أولاً صرف المال اليه على قياس الوجهين جميعاً ولو صدق المدعين معاً فالحسكية عن الأكثر أنه يقسم الألف بينهما أرباعاً لأننا نحتاج إلى الألف للدين وإلى ثلث الألف للوصية فيتزاحم على الألف وثلث الألف فيخص الوصية بثالث عائل وهو الربع وعن الصيدلاني أنه تسقط الوصية ويقدم الدين كما لو ثبتا بالبينة وهذا هو الحق سواء قدمنا عند ترتيب الاقرارين الأول منهما أو سوين بينهما ولو أقر المريض بعين ماله لانيسان ثم أقر بدين آخر مستغرق أو غير مستغرق سلمت العين للمقر له بها ولا شيء للثاني لأنه مات المقر ولا يعرف له مال ولو أقر بالدين أولاً ثم أقر بعين ماله فوجهان (أصحهما) أن الحكم كما في الصورة الأولى لأن الاقرار بالدين لا يتضمن حجباً في العين ألا ترى أنه نفذ تصرفاته فيه (والثاني) أنه وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنهما يتزاحمان لان لاحد الاقرارين قوة السبق وللآخر الاضافة إلى العين فاستويا ولا يخفى أن التعرض للاستغراق في المسألة اتفاق غير محتاج اليه والله أعلم * ويشترط في المقر الاختيار فاقرار المسكره على الاقرار باطل كسائر تصرفاته •

قال (الركن الثاني المقر له وله شرطان (الأول) أن يكون أهلاً للاستحقاق • ولو قال لهذا الحمار على ان بطل قوله • ولو قال بسببه على الف لزمه لماله على تقدير الاستئجار • ولو أقر لعبد

لأن أهل الصناعة في ذلك خبرة لا تحرقه ولا تغلبهم النار عليها بخلافها في السكر ونحوه (قلت)
 وإطلاق الأصحاب يقتضي الجواز وإن لم ينفصلوا هذا التفصيل بل في تصريحهم بالعرض لتمييز الغش
 ما يدل لما قاله من النظر والله أعلم * وتقييد المصنف المصنف بالنار وقياسه على المصنف بالشمس يدل على
 أن المصنف بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض والأمر كذلك بلا خلاف قال الإمام فإن قيل إذا صفى
 العسل بشمس الحجاز فقد يكون أثر الشمس في تلك البلاد بالاعمال مباع النار فأننا نرى شرايح اللحم
 تعرض على رمضاء الحجارة فتنش نشيشا على الجمر قلنا هذا فيه احتمال (والأظهر) جواز البيع وإن
 أثر الشمس فيما أظن لا يتفاوت وإنما يتفاوت أثر النار لاضطرامها وقوتها وبعدها من الرجل والتعويل
 على تفاوت الأثر بدليل أنه لو أغلى ماعلى النار أو خل ثقيف لم يمتنع بيع بعضها ببعض فإن النار
 لا تؤثر في هذه الأجناس بتعقيد حتى يعرض فيها التفاوت فيزيل بعض الأجزاء ويبقى الباقي على
 استواء وقد قال ابن الرفعة في الكفاية ذهب بعض أصحابنا إلى أنه إن صفى بها يعني الشمس في البلاد
 المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صفى بها في البلاد الشديدة الحر قال محكي وليس بشيء *

(فرع) ان منعنا بيع المصنف بالنار بمثلها فلا شك أنه يمتنع بيعه بغيره من أنواع العسل
 ومن صرح به الجرجاني لأن النار إذا عقدت أجزاء أحدهما أدى إلى التفاضل أما إذا قلنا بجواز

لزم الحق لمولاه * ولو قال لجل فلانة على الف من إرث أو وصية قبل * ولو أطلق ولم يذكر الجهة
 فظاهر النص أنه لا يقبل * وفيه قول أنه يقبل وينزل على هذا الاحتمال * وكذلك إذا قال للمسجد
 أو المقبرة على الف ان أضاف إلى وقف عليه قبل * وان أطلق فعلى الخلاف *

يشترط في المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به والا كان الكلام لغوا وهزوا وفيه ثلاثة صور
 (إحداها) لو قال لهذا الحمار أو لدابة فلان على الف بطل إقراره ولو قال بسببها على الف صح ولزمه
 حمل على أنه جني عليها أو اكتراها وعن الشيخ أبي عاصم العبادي وجه أنه لا يصح لأن الغالب لزوم
 المال بالمعاملة ولا تتصور المعاملة معها ولو قال لعبد فلان على أو عبدي كذا صح وكان الإقرار لسيدته
 ويخالف مسألة الدابة لأنه لا تتصور المعاملة معها وتتصور مع العبد والإضافة إليه كالإضافة في الهبة وسائر
 الإنشاءات (وقوله) في الكتاب ولو قال بسببه على الف لزمه لما لكان المراد ما إذا قال لما لكان بسببه على
 الف فاما إذا اقتصر على اللفظ المذكور في الكتاب لم يلزم أن يكون الألف لما لك الدابة في الحال
 ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه (الثانية) إذا قال لجل فلانة على الف أو عبدي الف فله ثلاثة
 أحوال (إحداها) أن يسنده إلى جهة صحيحة بأن يقول ورثه من أبيه أو يقول أوصى به فلان له فيعتبر
 إقراره ثم ان انفصل الحمل ميتا فلا حق له بل هو لورثة من قال انه ورثه منه أو للموصى أو ورثته ان

بيع العسل المصفى بالنار بمثله فهل يجوز بيعه بالمصفى بالشمس قال ابن الرفعة فيه نظر لان النار قد يتقارب تفاوتها ويتباعد في الشمس تباعد ما بينه وبين الشمس (قلت) والذي يظهر الجواز لانا انما نجوز به بناء على ان النار لطيفة تميز ولا تعقد الاجزاء واذا كان كذلك فلا أثر لها في التماثل فلا فرق بين ذلك وبين المصفى بالشمس *

(التفرع) حيث قلنا يجوز بيع العسل بالعسل اما ان يكون مصفى بالشمس واما بالنار اللطيفة على الصحيح فيما تعتبر المماثلة فيه قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصرف والعسل بالعسل كيلا بكيل ان كان يباع كيلا أو وزناً بوزن ان كان يباع وزناً وقال في موضع آخر العسل والسمن والسكر الوزن فيهما أحوط فالظاهر في هذا أنه موزون وعده في الرسالة في باب الاجتهاد مع الزيت والسمن والسكر من الموزونات فلذلك قال أبو الطيب انه المنصوص عليه وقد تقدم في أول الكلام قوله في المختصر لانهما لو بيعا وزناً إلى آخره وقال أبو اسحق لا يباع إلا كيلا بكيل وقد تقدم التعرض لشيء من ذلك وقال الرافعي هو كالسمن والأمر كما قال وهما جميعاً موزونات خلافاً لأبي اسحق كما تقدم وقد حمل الروياني قول الشافعي المذكور في الصرف على التوقف فيه قال وقيل أراد الشافعي بقوله انهما لو بيعا وزناً إذا انعقدا ببرد الهواء وعاظ لا يمكن كيلاه فيباع حينئذ وزناً فأما إذا أمكن كيلاه

أسنده إلى وصيته وان انفصل حياً فان انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الاقرار استحق لأنا تيقنا وجوده يومئذ وان انفصل لأكثر من أربع سنين فلا لأنا تيقنا عدمه يومئذ وان انفصل لستة أشهر أو أكثر ولما دون أربع سنين فان كانت مستفرشة لم يستحق لاحتمال تجدد العلوق بعد الاقرار والأصل عدم الاستحقاق وعدمه عند الاقرار فان لم تكن مستفرشة فقولان (أحدهما) أنه لا يستحق لأنا لا نتيقن وجوده عند الاقرار (وأظهرهما) الاستحقاق اذ لا سبب في الظاهر يتجدد به العلوق والظاهر وجوده وقت الاقرار لحكم ثبوت نسبه ممن كانت فراشاً له واذا ثبت الاستحقاق فان ولدت تلك المرأة ذكراً فهو له وان ولدت ذكراً ففصاعداً فلهم بالسوية وان ولدت أنثى فهو لها ان أسنده إلى وصية وان أسنده إلى الارث من الأب فنصفه لها وان ولدت ذكراً وأنثى فهو بينهما بالسوية ان أسنده إلى وصية وثلاثه ان أسنده إلى الارث من الأب (وقوله) ونصفه لها وهذا اذا اقتضت جهة الوارثة ما ذكرنا فان اقتضت التسوية بان يكونا ولدى الأم كان ثلثه بينهما بالسوية قال الامام رحمه الله تعالى ولو أطلق الارث سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها (الحالة الثانية) أن يطلق الاقرار ففيه قولان (أحدهما) وهو نصه في المختصر أنه باطل لأن المال في الغالب إنما يجب بمعاملة أو جنابة ولا متناع المعاملة مع الجهل ولا الجنابة عليه (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو اسحق أنه يصح ويحمل

فلا يباع إلا كيلا قال وهو قريب من قول أبي اسحق (والمذهب) المنصوص ما تقدم واعترض الأصحاب على المزني في قوله لانهما لو بيعا وزناً وفي أحدهما شمع وهو غير العسل بل كان العسل تارة غير معلوم قالوا لانه والحالة هذه معلوم المفاضلة فلا معنى لقوله غير معلوم وإنما يستقيم هذا لا التعليل في الشهد بالشهد لانهما بما فيهما من الشمع غير معلومي المائلة قالوا والشافعي ذكر هذا التعليل هناك فاشتبهت إحدى المسألتين بالأخرى وذكر الروياني أيضاً أن قوله في المختصر يدل على تصحيح أحد الوجوه فيما لم يعلم معياره يعني الوجه القائل بالاختيار وقد تقدم • وقال ابن داود لما ذكر كلام الشافعي فيه كالل دليل على أنه يجوز كيلا تارة وزناً أخرى قال وهذا غريب قل ما يوجد له نظير (قلت) وليس الأمر كما زعم بل المراد التوقف كما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم •

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التهذيب عسل الرطب وهو رب يسيل منه يجوز بيع بعضه ببعض متساويين في الكيل ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلاً وجزاً فأكداً بيد لانهما جنسان مختلفان كما يجوز بيع العسل بالدبس • قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لان النار قد عقدت أجزاءه ومنهم من قال يجوز لان ناره لا تعتقد الاجزاء وإنما تميزه من القصب ﴾ •

علي الجهة الممكنة في حقه وان كانت نادرة (الثالثة) أن يسنده إلى جهة فاسدة بان يقول الف أقرضنيه أو ثمن ما بابه مني فان لم نصححه بالاقرار المطلق فهذا أولى وان صححناه فطر يقان (أحدهما) أنه على القولين في تعقيب الاقرار بما يرفعه (وأظهرهما) الصحة لأنه عقبه بما هو غير مقبول ولا منتظم فاشبه ما إذا قال لفلان على الف لا يلزمي وإذا صححنا الاقرار في الحالتين الأخيرتين فان انفصل الحمل ميتاً فلا حق له ويسأل المقر عن جهة اقراره من الميراث أو الوصية ويحكم بموجبه قال في النهاية وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين فكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى المستحق فان مات قبل البيان كان كما لو أقر لانسان فردة وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه يطالب ورثته ليفسروا فان انفصل حياً للمدة التي قدرنا من قبل فالكل له ذكرأ كان أو أنثى وان انفصل ذكرأ وأنثى فهو لها بالسوية لأن ظاهر الاقرار يقتضي النسوية ومن المحتمل أن تكون الجهة الوصية ومتى انفصل حي وميت فيجعل الميت كان لم يكن وينظر في الحي على ما ذكرنا ولو أقر بحمل جارية أو بهيمة لانسان ففيه التفصيل المذكور فيما إذا أقر للحمل فان قال انه أوصى له به صح وينظر كم بين انفصاله وبين الاقرار من المدة على ما سبق وفي حمل البهيمة يرجع إلى إهل الخبرة وان أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة خرج على ما تقدم من الخلاف ولو أقر بالحمل لرجل وبالأمر لآخر إن جوزنا الاقرار بالحمل صح الاقرار

(الشرح) الوجهان المذكوران حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبعثي والامام والرافعي وجعلهما الرافعي كالدينس ومقتضي ذلك أن الأصح عنده المنع في السكر أيضاً وكذلك قال في التهذيب إن الأصح أنه لا يجوز وكذلك نقل ابن الرفعة عن الأرقم أنه قال في فتاوى النهاية بالبطلان في السكر والفانيد والعسل المميز بالنار قال ابن الرفعة وذلك قياس جزم العراقيين بمنع السلم في ذلك فإن باب الربا أحوط من باب السلم بدليل أنه يجوز السلم فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض لاجل طلب المماثلة وظاهر المذهب الجواز في السكر على ما ذكره الشيخ أبو حامد وقال القاضي حسين أنه الصحيح وكذلك يقتضيه إيراد الجرجاني ونقل ابن الرفعة عن البندنجي أنه ظاهر المذهب وعن سليم أنه أظهر الوجهين وجزم في التعليق عن ابن أبي هريرة بالمنع وقال الماوردي إن كانت للتصفية وتمييزه من غيره جاز وإن دخلت لمقد الأجزاء لم يحز (واعلم) أنه قد يستشكل قول الشيخ وغيره أن نار السكر لينة لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من القصب والسكر إنما يتميز من القصب بالعود الذي يعصر به فإذا وقع أحد العودين على الآخر وانعصر القصب تميز وفي بعض ما تكلم به على المذهب تأويل ذلك بأنه لا بد أن يبقى في السكر شيء من أجزاء القصب ويكثر ذلك حتى يحتاج إلى استخراجها فإذا أغلى بالنار سهل إخراجها فإن ما بقي من أجزاء القصب يعلو على السكر عند الغليان ويسهل استخراجها فهذا معنى التمييز الذي

والأفلا قال صاحب التهذيب هما جميعاً للآخر وهذا البناء على أن الإقرار بالحامل إقرار بالحمل وفيه خلاف يأتي من بعد (الصورة الثالثة) لو أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوها بمال وأسندته إلى جهة صحيحة كغلة وقف عليه صح وإن أطلق فعلى وجهين تخريجان القول في مسألة الحمل وعلى قياسه ما إذا أضاف إلى جهة فاسدة * قال (الثاني أن لا يكذبه المقر له فإن كذبه لم يسلم إليه ويترك في يد المقر في وجه * ويحفظه القاضي في وجه * فإن رجع المقر له عن الإنكار سلم إليه * فإن رجع المقر في حال إنكار المقر له فلا يظهر أنه لا يقبل لأنه أثبت الحق لغيره بخلاف المقر له فإنه اقتصر على الإنكار *)

يشترط في الحكم بالإقرار عدم تكذيب المقر له في إنكاره وإن لم يشترط قبوله لفظاً على رسم الإيجاب والقبول في الإنشاءات فإن كذبه نظر إن كان المقر به مالا لم يدفعه إليه وفيما يفعل به ثلاثة أوجه (أظهرها) أنه يترك في يد المقر كما كان لأن يده تشعر بالملك ظاهراً والإقرار الثاني عارضه إنكار المقر له فيسقط وأيضاً فانا لا نعرف ملكه ونراه في يد المقر فهو أولى الناس بحفظه (وثانيها) واختاره صاحب التهذيب والتمتة أنه ينتزعه القاضي ويتولى حفظه إلى أن يظهر ماله فانه في حكم مال ضائع فيحتمل للمالكه فإن رأى استحقاق صاحب اليد فهو كما لو استحققت عدلاً آخر (وثالثها) أنه يخبر المقر له على القبول والقبض وهو بعيد وقال الشيخ أبو محمد موضع الخلاف ما إذا قال صاحب اليد هذا لفلان وكذبه

قصدوه وعلل القاضي حسين الجواز بأن لدخول النار فيه حداً ونهاية وعلله الامام بأن الانعقاد من طباع السكر كما حكيناه وقيدناه الماوردي فقال في السكر والفانيدان التي فيهما ماء أولبن أو دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض والا فينظر فان دخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز وان دخلت لاجتماع اجزائه وانعقادها فلا (قلت) أما تقييده بما إذا لم يكن فيه ماء أولبن أو دقيق أو غيره فيمكن أن يكون اطلاق الأصحاب منزلاً عليه لانه حينئذ يصير بيع السكر وغيره بمثله قال ابن الرفعة وما قاله فيه نظر لان السكر لا من اذابة أهله بالماء ليحل ثم يطبخ ونصب عليه بعد غليانه اللبن ليبيضه ويزيل وسخه وذلك يقتضي منع بيع بعضه ببعض على طريقه (قلت) وكلام الماوردي يقتضي أنه لم يتحدد عنده حال السكر ولا حال تأثير النار فيه فاما حكمه بالمنع عند اختلاطه بغيره وما ذكره ابن الرفعة من أن ذلك لابد منه فهو يقتضي قوله بالمنع فيه وهو القياس فان الخليط الذي فيه من الدقيق واللبن مانع من التماثل أما الماء ففيه نظر فان الظاهر أنه لا يزيد في وزنه بعد الجفاف شيئاً والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ بعد أن ذكر الامام ما ذكر في السكر قال وهذا الذي ذكرناه يعني من الخلاف جار في كل ما ينعقد كذا نقله عنه ابن الرفعة قال وقد صرح باجراء الخلاف في القند الفوراني وأجراه الامام الغزالي في الفانيد وأجراه الغزالي رحمه الله أيضاً القند وفي الباب •

فلان فاما اذا قال صاحب اليد للقاضي في يدي مال لا أعرف مالكة فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه وأبعد بعضهم فلم يجوزوا انتزاعه ههنا ولورجع المقر له عن الانكار فصدق المقر فقد حكي الامام رحمه الله الجزم بقبوله وتسليم المقر به اليه لكن الأظهر وهو الذي أورده المتولى وغيره تفريعه على الخلاف السابق (ان قلنا) يترك في يد المقر فهذا حكم منا يبطلان ذلك الاقرار فلا يصرف الى المقر له الا باقرار جديد (وان قلنا) انه ينتزعه القاضي ويحفظه فكذلك لا يسلم اليه بل لو أراد اقامة البينة على أنه ملكه لم تسمع وانما يسلم له اذا فرعنا على الوجه البعيد فان الظاهر أنه لا يسلم اليه على خلاف ما ذكر في الكتاب ولورجع المقر في حال انكار المقر له وقال غلطت أو تعمدت الكذب لم يقبل رجوعه ان قلنا ينتزعه القاضي وان تركناه في يده فعلى وجهين رواهما الامام رحمه الله (أظهرهما) عنده وعند صاحب الكتاب أنه لا يقبل أيضاً بناء على أنه لو عاد المقر له إلى التصديق قبل منه فاذا كان ذلك متوقفاً على يلتفت إلى رجوعه (والثاني) أنه يقبل بناء على أن الترك في يده ابطال الاقرار وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه ويعزى الى ابن سريج ومن قال به لا يسلم لصاحب الكتاب قوله لانه أثبت الحق لغيره بل يقول يشترط كونه اثباتاً سلامته مع معارضة الانكار وجميع ما ذكرناه فيما اذا كان الاقرار بشوب ونحوه أما اذا كانت اقراره بعبد فانكر ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بعقده لان صاحب اليد لا يدعيه والمقر له ينفيه فيصير

﴿ فرع ﴾ إذا بيع السكر فاللعيار فيه الوزن نص عليه الشافعي ومن الأصحاب نصر المقدسي وقد تقدم قول الجوزي وتنبيهه على أن ذلك لا خلاف فيه وقال ابن أبي الدم أن أبا إسحق قال يباع كيلا وجعل الوجهين فيه كالسمن ولم أر ذلك لغير ابن أبي الدم وعمل وجه أبي إسحق على ما زعم بأن أصله السكيل وكأن يعني العصير فانه مكيل وبيع الفانيد كبيع السكر بالسكر قاله الماوردي والقاضي حسين والبغوي والامام والرافعي *

﴿ فرع ﴾ قال نصر المقدسي في السكافي يجوز بيع السكر بالسكر وزناً إذا تساوى في اليبس والصفة فأما اشتراطه اليبس فصحيح وأما اشتراطه التساوى في الصفة فمشكل لأن ذلك غير شرط في الرويات بدليل أنه يجوز بيع التمر من نوع بالتمر من نوع آخر وما أشبهه وظاهر كلام نصر هذا أنه لا يجوز بيع السكر بالسكر إذا اختلفت صفتها ولم أر من تعرض لذلك غيره ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالتمر أو بالرطب قاله البغوي والرافعي وهو الصواب وقال الامام في السكر والفانيد منهم من قال هما جنس وهذا بعيد ومنهم من قال جنسان فإن قصبها مختلف وليس للفانيد عكر السكر وأما السكر الأحمر الذي يسمى القوبالب فهو عكر السكر الأبيض ومن قصبه وفيه مع ذلك تردد من حيث أنه يخالف صفة الأبيض مخالفة ظاهرة وقد يشتمل أصل واحد على مختلفات

العبد في يد نفسه فيعتق وهذا كما إذا أقر اللقيط بعد البلوغ بأنه مملوك زيد فأنكر يحكم بحريته (وأظهرها) المنع لانه مملوك بالرق فلا يرفع الا بيقين وتخالف صورة اللقيط فانه محكوم بحريته بالدار فاذا أقر ونفاه المقر له بقي على أصل الحرية فعلى هذا الحكم فيه ما ذكرنا في الثوب وغيره فان كان المقر به قصاصاً أو حد قذف وكذبه المقر له سقط الاقرار وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع فأنكر رب المال السرقة فلا قطع وفي المال ما سبق وان أقرت بالنكاح وأنكر سقط حكم الاقرار في حقه *

﴿ فرع ﴾ لو قال من في يده عبيد ان أحد هذين لفلان طو لب بالبيان فلو عين أحدهما فقال المقر له ان عبيدي هو الآخر فهو مكذب للمقر في المعين ومدع في العبد الآخر *

﴿ فرع ﴾ ادعى على آخر القام من ثمن مبيع فقال المدعى عليه قد أقبضتك الألف وأقام بينة على اقراره بالقبض يوم كذا وأقام المدعي بينة على اقرار المشتري بعد بينته بأنه ما أقبضه الثمن بعد سمعت وألزم المشتري الثمن لأنه وان قامت البينة على اقراره بالقبض فقد قامت أيضا على أن صاحبه كذبه فيبطل حكم الاقرار ويبقى الثمن على المشتري ويعتبر في المقر له شرط آخر وهو أن يكون معيناً فلو قال لانيان أو لواحد من بني آدم أو من أهل البلد على الف هل يصح اقراره خرجه الشيخ أبو علي على وجهين بناء على أنه إذا أقر لمعين بشيء وكذبه للمقر له هل يخرج من يده (إن قلنا)

كالبن وإعل الأظهر من جنس السكر وقال القاضي حسين ان بيع قصب الفانيد بقصب الفانيد جائز وبالفانيد لا يجوز وبقصب السكر هل يجوز أم لا ان كانا من أصل واحد لا يجوز متفاضلا وان كانا من أصليين يجوز متفاضلين وتابعه صاحب التهذيب على ذلك (قلت) وهذا كلام عجيب فان القصب كله الذي يعمل السكر والفانيد جنس واحد *

﴿ فرع ﴾ لما ذكر الماوردي حكم السكر والفانيد قل وكذلك دبس التمر ورب الفواكه *

﴿ فرع ﴾ بيع الفانيد بالسكر قال القاضي حسين ان كان أصلهما واحد فهو كبيع الفانيد بالفانيد وان كان أصلهما مختلفا فيجوز كيف ما كان (قلت) وهذا مثل الأول فان أصل السكر والفانيد قصب واحد والظاهر أن القاضي رحمه الله تعالى قال ذلك لأنه ليس القصب في بلادهم ﴿ فائدة ﴾ قال ابن الرقعة أن النار في القند فوق النار في السكر والفانيد لان عصير القصب يوضع في قدر كبير كالخابية ويغلى عليه غليانا شديداً إلى أن تزول منه مائة كثيرة ويسمى ذلك صلقاً ثم يطبخ في قدر اللطف من ذلك بكثير وتقوى ناره إلى أن تذهب مائته فيوضع في أوعية لطاف فوق الأوعية التي يصب فيها السكر والنار فيه فوق النار في الذي يطبخ عسلاً من ذلك الماء المصنوع في الخابية وكثيراً ما تقوى نار الذي يطبخ عسلاً فتصير أجزاؤه إذا برد قرياً بمن عقد أجزاء القند عند ذلك يسمى بالجالس

نعم لأنه مال ضائع فكذا ههنا ويفيد الاقرار (وان قلنا) لا لم يصح هذا الاقرار وهو الصحيح قال في التتمة ولو جاء واحد وقال أنا الذي أردتني ولي عليك الألف فالقول قول المقر مع يمينه في نفي الارادة ونفي الألف ويخالف الاقرار على هذا الابهام ما اذا قال غصبت هذا من أحد هذين الرجلين أو هؤلاء الثلاثة حيث يعتبر ذلك على ما سئد كره ونقرعه من بعد والفرق أنه اذا قال هو لأحد هذين فله مدع وطالب فلا يبقى في يده مع قيام الطالب واعترافه بأنه ليس له واذا قال لواحد من بني آدم فلا طالب له فيبقى في يده وكان الشرط أن يكون المقر له معيناً ضرب تعيين تتوقع معه الدعوى والطالب *

قال ﴿ الركن الثالث المقر به ولا يشترط أن يكون معلوماً بل يصح الاقرار بالجهول ﴾ ولا أن يكون مملوكاً للمقر بل لو كان مملوكاً بطل اقراره ﴿ فلو قال داري لفلان أو مالي لفلان فهو متناقض ولو شهد الشاهد أنه أقر له بدار وكان مملوكاً إلى أن أقر كانت الشهادة باطلة ﴾ ﴿ ولو قال هذا الدار لفلان وكانت مملوكاً إلى وقت الاقرار أخذناه بأول كلامه ولم نقبل آخره ﴾ *

لا يشترط أن يكون المقر به معلوماً بل يصح الاقرار بالمجهول على ماسياتي ولا أن يكون مملوكاً له حين يقر لأن الاقرار ليس ازالة ملك وانما هو أخبار عن كونه مملوكاً للمقر له فلا بد من تقدم الخبر

ويطبخ منه السكر كما يطبخ من القند لكن طعمهما متباين وقل في موضع آخر ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل ويتخذ القند وعن القند ينفصل العسل المسمى بالقصب وهو ما يقطر من أسفل أنالينخ القند بعد أخذه في الجفاف والقند يختلف في الجودة والرداءة بحسب تبريد القصب وجودة الطبخ ومن الطيب من القند يتخذ السكر وإذا جمد استقطر ما فيه من العسل من ثقب في أسفل الأمانة التي يوضع فيها بعد طبخه وهذا العسل يسمى كما قال القاضي أبو الطيب بعسل الطبرزد ونحن نسميه بالقطارة وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذي يستقطر منه وأنواع السكر ثلاثة الوسط وهو أدونه ومن أعلا آناه يتجه يكون الآخر لان القطارة تنحبس فيه والعال وهو فوق ذلك في الجودة والسكر هو أعلا الثلاثة لأنه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضاً لكنه يجعل في قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رقاق ليثبت فيها السكر وما يخرج منه من عسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات والفانيد تارة من السكر غير النبات وتارة من العسل المسمى بالمرسل المطبوخ من ماء القصب في أول أمره وطبعه مخلف طبع السكر ولونه يخاف لونه والاسم مختلف لكن الأصل فيها واحد القصب وعند ذلك يتقرر الخلاف في الفانيد والسكر هل هما جنس واحد باعتبار أصلهما كما في عسل القند وعسل السكر المعبر عنه بالطبرزد أو جنسان باعتبار

به على الخبر فلو قال داري هذه أو ثوبي الذي أملكه لفلان فهو متناقض والمفهوم منه الوعد بالهبة ولو قال مسكني هذا لفلان يكون اقراراً لأنه أضاف إلى نفسه السكني وقد يسكن ملك الغير ولو شهدت بينة على أن فلاناً أقر أن له دار كذا وكانت ملكه إلى أن أقر كانت الشهادة باطلة نص عليه ولو قال المقر هذه الدار لفلان وكانت ملكي إلى وقت الاقرار فإقراره نافذ والذي ذكره متناقض لأوله فليأخو كما لو قال هذه الدار لفلان وليست له هذا في الاعيان وكذلك في الديون إذا كان لمدين علي غيره في الظاهر من قرض أو أجرة أو ثمن مبيع فقال ديني الذي لي على زيد لعمره فهو باطل ولو قال الدين الذي لي على زيد لعمره واسمى في الكتاب عارية فهو صحيح نلعله كان وكيلا عنه في الاقراض والاجارة والبيع ثم عمرو يدعي المال على زيد لنفسه فإن أنكر فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ثم على إقراره له بما على زيد وبين أن يقيم البينة أولاً على الاقرار ثم على الدين ذكره القفال واستثنى صاحب التلخيص ثلاثة ديون ومنع الاقرار بها (أحدها) الصداق في ذمة الزوج لا تقرر المرأة به (والثاني) بدل الخلع في ذمة المرأة لا يقر الزوج به (والثالث) أرض الجنابة لا يقر به المجنى عليه لأن الصداق لا يكون إلا للمرأة وبدل الخلع إلا للزوج وأرض الجنابة إلا للمجنى عليه نعم لو كانت الجنابة على عبد أو مال آخر جاز أن يقر به الغير لاحتمال كونه له يوم الجنابة قال

اختلاف الصفة والاسم فهذا فصل مفيد من كلام ابن الرفعة فانه كان عارفاً بذلك وكلام القاضي حسين وشبهه يدل على أنهم لم يحققوا الحال في ذلك لانه ليس في بلادهم أو ليس لهم به خبرة والله أعلم * قال ابن الرفعة أيضاً وأما السكر الأحمر والأبيض والنبات فجنس واحد للاشتراك في الاسم الخاص وقرب الطباع وهل يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً فيه الخلاف السابق والفائدة قد يجعل فيه شيء من الدقيق وعند ذلك إذا قلنا هو والسكر جنسان لم يضر (وان قلنا) جنس واحد فلا يجوز بيعه بالسكر ان لم ينظر إلى تأثير النار ولانه من قاعدة مدحجة وقل ومع تفارت النار في القند والسكر والفائدة لم يذكر المصنف يعني العزالي بينهما كما لم يفرق الأصحاب بين ذلك في السكر بل جوزوه في الجميع على رأى مرجح في الحاوى وممنوع على وجه جزم به العراقيون فوجه التمهيد في الجميع ان للنار في ذلك حداً بحسب العرف فأحيل الحكم عليه وعلى هذا فقد يقال الأمر كذلك في النار التي تدخل في الدبس وقد قطع فريق فيه بال منع وان حكى الخلاف في السكر ونحوه فما الفرق ويقال فيه ان زيادة النار في السكر ونحوه تفسده فيحترز منها وزادتها في الدبس ونحوه تصلحه فلا يحترز عنها فلذلك افترقا قال وانما قلت ذلك لاني رأيت حكاية عن الامالي أن تأثير النار في الشيء ان لم يكن

الاثمة هذه الديون وان لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداء وتقديراً بوكالة ولاكن يجوز انتقالها الى الغير بالحوالة وكذلك في البيع على قوله فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان الناقل وحملوا على ما ذكره صاحب التلخيص على ما اذا أقر بها عقيب ثبوتها بحيث لا يحتمل جريان الناقل لكون سائر الديون كذلك فلا ينتظم الاستثناء بها بل الأعيان أيضاً يرتد المستثنى به حتى لو أعتق عبده ثم أقر له السيد أو غيره عقيب العتق بدين أو عين لم يصح لأن أهلية الملك لم تثبت له الا في الحال ولم يجر بينهما ما يوجب المال وزاد أبو العباس الجرجاني في الفضل شيئاً فقال ان أسند الأقارير الثلاثة الى جهة حوالة أو بيع ان جوزناه فذاك والا فعلى قوانين بناء على ما لو أقر للعبد بمال وأطلق *

قال نعم يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه * فلو أقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل * فلو أقدم على شرائه صح تعويلاً على قول صاحب اليد * ثم قيل انه شراء * وقيل انه فداء من جانبه بيع من جانب البائع * والصحيح أن خيار الشرط والمجلس لا يثبت فيه * كما لا يثبت في بيعه عبده من نفسه * ولا يثبت في بيع العبد من قريبه الذي يعتق عليه على الصحيح * ثم يحكم بعقد العبد على المشتري ولا يكون الولاء له ولا للبائع * فان مات العبد وله كسب فله المشتري أن يأخذ من تركته قدر الثمن لأنه ان كذب فكله له * وان صدق فهو للبائع وله الولاء وقد ظلمه بالثمن * وقد ظفر هو بماله هكذا ذكره المزني رحمه الله * ومن الأصحاب من خالفه لأنه غير مصدق في هذه الجهة *

له نهاية كالدبس فكلمنا كثير النار كان أجود وليس له نهاية إلى أن يتلابس فلا يصح بيع بعضه ببعض لأن تأثير النار في تنقيص رطوبته تتفاوت وإن كان له نهاية كالسكر والفانيد ففيه وجهان (قلت) هذه الحكاية عن الأملى وذكر الوجهين فيها لم أفهمه ولا يقع في كلام الشافعي رضي الله عنه ذكر وجهين فليتأمل ذلك إلا أن يكون المراد أمان السرخسي *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلاً لأن الدقيق هو الحب بعينه وإنما فرقت أجزاؤه فهو كالدنانير الصالح بالقرضة فأما بيعه به متفاضلاً فنصوص أنه لا يجوز وقال الكرايسي قال أبو عبد الله يجوز فحمل أبو الطيب بن سلمة هذا قولاً آخر وقال أكثر أصحابنا لا يجوز قولاً واحداً ولعل الكرايسي أراد أبا عبد الله مالكاً أو أحمد فان عندهما يجوز ذلك والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربا بيع

قوله يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه أراد به أنه إذا لم يكن تحت يده لم يسلطنا إقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له بل يكون ذلك دعوى أو شهادة وليس معناه أنه يلغو قوله من كل وجه بل لو حصل المقر به في يده يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه إليه فقال فلو قال العبد الذي في يدان زيد هو مر عند عمرو بكذا ثم حصل العبد في يده يؤمر ببيعه في دين عمرو ولو أقر بحرية عبد في يده غيره أو شهد بحريته فلم تقبل شهادته لم يحكم بحريته في الحال ولو أقدم المقر على شرائه صح تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع وهو صاحب اليد البائع ويخالف ما إذا قال فلانة اختي من الرضاع ثم أراد أن ينكحها لأنه لا يمكنه منها لأن في الشراء غرض استنقاذه من أسر السرق ومثل هذا الغرض لا يوجد هناك فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام ثم إذا اشتراه حكم بحرية العبد وأمر برفع اليد عنه ثم للاقرار حالتان (أحدهما) أن تكون الصيغة أنك أعتقته وتسترقه ظلماً وهي التي تسلم بها في الكتاب فالعقد الجارى بينه وبين البائع ما حكمه أهو شراء أم افتداء حكى صاحب الكتاب فيه أوجهاً ثلاثة (أصحها) أنه بيع من جهة البائع وافتداء من جهة المقر (والثاني) أنه بيع من الجانبين (والثالث) أنه افتداء من الجانبين وهذا الثالث مما ينبو الطبع عنه في جانب البائع وكيف ينتظم أن يقال أنه يأخذ المال لينقذ من يسترقه ويعرفه حرّاً يفتديه بل لو قيل فيه المعنيان جميعاً والخلاف في أن الاغلب منهما ما إذا كان أو بما رآه والمعتمد الذي رواه الأكثرون أنه بيع من جانب البائع لا محالة ومن جانب المشتري وجهان (أحدهما) أنه شراء كما في جانب البائع (وأصحهما) أنه افتداء لاعترافه بحريته وامتناع شراء الحر وينبني على هذا الخلاف الكلام في ثبوت الخيار في هذا العقد أما البائع فيثبت له خيار المجلس والشرط بناء على ظاهر

منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار علي وجه يتفاضلان في حال الادخار فلم يصح
كبيع الرطب بالتمر *

(الشرح) الكرايسي هو أبو علي الحسين بن علي البغدادي صاحب الشافعي
في العراق كان عالماً في الفقه والحديث والأصول وله تصانيف في الجرح والتعديل وغيره
ومن جملتها كتاب الرد على المدلسين الذي رد عليه فيه أبو جعفر الطحاوي وقد وقعت على كلام أبي
جعفر توفي الكرايسي سنة خمس وأربعين وقيل ثمان واربعين ومائتين وهو مذکور في المذهب في باب زكاة
التجارة وأبو الطيب محمد بن المفضل بميم في أوله ابن سلمة من كبار أصحابنا درس الفقه على ابن سريج وكان
مخصوصاً بفطر الزكاة والشهامة فلذلك كان أبو العباس يقبل عليه غاية الاقبال ويميل إلى تعليمه كل
الميل صنف كتباً عدة مات شاباً سنة ثمان وثلاثمائة وهو مذکور في المذهب في باب صلاة المسافر

المذهب في أنه يبيع من جانبه ولو كان البيع بشئ معين فخرج معيباً ورده كان له أن يسترد العبد
بخلاف ما لو باع عبداً أو أعتقه المشتري ثم خرج الثمن المدين معيباً ورده لاسترد العبد بل يعدل
إلى القيمة لاتفاقهما على العتق هناك وأما المقر المشتري فإن جعلناه شراء في حقه فيه الخيار وإن جعلناه فداء
فلا وعلى الوجهين لارد له لو خرج العبد معيباً لكن يأخذ الأرض على وجه الشراء ولا يأخذ على الوجه
الآخر وذكر الامام رحمه الله أنه إذا لم يثبت خيار المجلس للمشتري ففي ثبوته للبائع وجهان لأن هذا الخيار
لا يكاد يتبعض وقوله في الكتاب والصحيح أنه خيار المجلس والشرط لا يثبت فيه إلى آخره يشعر
بأثبات الخلاف فيه نعم مع الحكم بكونه شراء وبيعاً لاستعقابه العتق كخلاف في شراء القريب واعلم
أن مسألتى بيع العبد من نفسه وبيعه من قريبه قد ذكرناهما بما فيهما في البيع رتبين أن كلامي في شراء
القريب بخلاف كلام الأكثرين والحكم بان الصحيح ههنا منع الخيار غير مسلم على اطلاقه بل
الصحيح ثبوتهما في طرف البائع نعم في طرف المشتري الفتوى بالمنع بناء على أنه فداء والله أعلم •
ثم إذا حكمنا بالعتق والحالة هذه فلا نقول بان ولادة للمشتري لاعترافه أنه لم يعتقه ولا للبائع لزمه
أنه ليس بعتق بل هو موقوف فان مات وقد اكتسب مالا فان كان له وارث بالنسب فهو له والا
فينظر إن صدق البائع المشتري أخذه ورد الثمن وإن كذبه وأصر على كلامه الاول فظاهر النص أنه
يوقف المال كما كان الولاء موقوفاً وأعرض المزدني فقل للمشتري أن يأخذ قدر الثمن مما تركه فان
فضل شيء كان الفاضل موقوفاً وعلاه بان المشتري إذا كان كاذباً فليت رقيق وجميع أكسابه له أو
صادق فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء وهو قد ظلمه بأخذ الثمن وتعذر استرداده فاذا ظفر بماله كان له أن
يأخذ به حقه وافترق الأصحاب في المسألة فذهبت فرقة إلى تقرير النصين وتخطئة المزدني فالتوجيه من

وكذلك الامام مالك رحمه الله وهو أجل من أن ينسب عليه شيء من أخباره وأحمد بن حنبل رحمه الله لم يتقدم له ذكر في المذهب فيما أظن وهو الامام ابو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد بن ادريس ابن عبد الله بن حبان بجاء مهمله ويا آخر الحروف ابن عبد الله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن ابن ذهل بن شيان بن ذهل بن ثعلبة بن عكابة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أقصى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان مولده سنة (١) وستين ومائة وتوفي سنة إحدى وأربعين ومائتين وفضائله ومناقبه علماء وزهاداً وورعاً أكثر من أن تحصى وأشهر ممن تذكر وهو معدود من أصحاب الشافعي رضي الله عنهم بالعراق وقول المصنف الحب بدقيقه يشمل الخنطة والشعير وغيرهما وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره كبيع الخنطة بدقيق الشعير والشعير

(١) يياض بالاضل

وجهين (أحدهما) أنه لو أخذ شيئاً فاما أن يأخذه بجهة أنه كسب مملوكه وقد نفاه باقراره أو بجهة الظفر بمال من ظلمه وهو ممتنع لانه إنما بذله تقرباً إلى الله تعالى باستنقاذه حراً فيكون سبيله سبيل الصدقات والصدقات لا يرجع فيها (والثاني) لا يدري أنه يأخذه بجهة المالك أو بجهة الظفر بمال من ظلمه فيمتنع من الأخذ إلى ظهور جهته وقال ابن سريج وأبو اسحق وأكثر مشايخ المذهب الأمر كما ذكره المزني وعن ابن سريج والقاضي أبي حامد أن الشافعي رحمه الله نص عليه في غير هذا الموضع وحملوا ما ذكره ههنا على أن ما يأخذه بجهة الولاء لا يكون موقوفاً وهو مازاد على قدر الثمن فاما المستحق بكل حال فلا معنى للتوقف فيه قالوا ويجوز الرجوع في المبدول على جهة الفدية كما لو فدى أسيراً في يد المشركين ثم استولى المسلمون على بلادهم ووجد الباذل عين ماله أخذه (وأما) اختلاف الجهة فلا يسلم أنه يمتنع أخذه بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق (الحالة الثانية) أن يكون صفة إقراره أنه حر الأصل وأنه عتق قبل أن اشتريته فاذا اشتراه فهو فداء من جهته بلا خلاف كذلك ذكره صاحب التهذيب وإذا مات وقد اكتسب مالا وليس له وارث فالمال لبيت المال وليس للمشتري أن يأخذ منه شيئاً لأن تقدير صدقه لا يكون المال للبائع حتى يأخذ عوضاً عن الثمن ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن لأنه لا حرية في زعمه والمبيع قد تلف قبل القبض هذا شرح المسألة وقد اندرج فيه بعض ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة (وقوله) لم يحكم بعتق العبد على المشتري على من صلة الحكم لامن صلة العتق فانا لانحكم بانه عتيق على المشتري وانما نحكم على المشتري بانه عتيق (وقوله) لأنه غير مصدق في الجهة أراد به ما ذكرنا في التوجيه الثاني وشبه هذا الخلاف فيما إذا قال لي عليك الف ضمنته فقال ماضت شيئاً ولكن لك على الف عن قيمة متاف والأصح الثبوت وقطع النظر عن الجهة *

بدقيق الحنطة وما أشبه ذلك فانه جائز. تماثلاً ومتفاضلاً على القول الصحيح المشهور الذي قطع به قاطعون أن الأدقة أجناس والمقصود بيع القمح بدقيق القمح أو بيع الشعير بدقيق الشعير وما أشبه ذلك وفي ذلك مسألتان (إحداها) أن يباع متفاضلاً وهذا لا يجوز عندنا وعند أكثر العلماء ونقل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وغيرهما عن أبي ثور جوازه واحتج بأنها جناسات لاختلاف الاسم ونقص الأصحاب عليه باللحم بالحيوان وكثير من المطعومات وفيه نظر من الضابط الذي مهدوه في اختلاف الجنس واتحاده وهو مذهب أبي ثور في ذلك موافق لمذهب داود وأنه ذهب هو وأصحابه إلى جواز ذلك وعمم فقال يجوز بيع القمح بدقيقه وسبويقه وخبره وبيع الدقيق بالدقيق والسويق بالخبز والسويق بالسويق وبالخبز وبالخبز متفاضلاً وتماثلاً قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر ولا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل من قبل أنه يكون متفاضلاً في نحو ذلك وكذلك نقله

﴿ فرع ﴾ لو استأجر العبد المقر بحريته بدلا عن الشراء لم يحل له استخدامه والانتفاع به ولم كرى مطالبته بالأجرة ولو أقر بحرية جارية ثم قبل نكاحها منه لم يحل له وطئها وللمزوج مطالبته بالمهر •

﴿ فرع ﴾ لو قال العبد الذي في يدك غصبته من فلان ثم اشتراه منه ففي صحة العقد وجهان نقلهما الإمام رحمه الله (أصحهما) الصحة كما لو أقر بحريته ثم اشتراه (والثاني) المنع لأن الصحيح ثم الافتداء والانتقاد من الرق ولا يتجه مثله في تخلص ملك الغير (ثالث) لو أقر بعبد في يده لزيد وقال العبد بلى أنا ملك لعمر وسلم إلى زيد دون عمرو لأنه في يد من يسترقه لا في يد نفسه فلمأعتفه لم يكن لعمر وتسليم رقبته والتصرف فيها أيضاً لما فيها من إبطال الولاء على المعتق وهل له أخذ أكسابه فيه وجهان (وجه المنع) أن استحقاق الأكساب فرع الربح وأنه لم يثبت •

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة فإذا قال لفلان على أو عندي الف فهو اقرار • ولو قال المدعى لي عليك الف فقال زن أو خذ لم يكن اقراراً • وكذا إذا قال زنه أو خذه (و) ولو قال بلى أو أجل أو نعم أو صدقت أو أنا مقر به أو لست منكراً له فهو اقرار • ولو قال أنا مقر ولم يقل به فلا يكون اقراراً به • ولو قال أنا أقر به قيل إنه اقرار • وقيل إنه وعد بالاقرار • ولو قال اليس لي عليك الف فقال بلى لزمه • ولو قال نعم قيل إنه لا يلزمه والأصح التسوية • ولو قال اشتري مني هذا العبد فقال نعم فهو اقرار بالعبد •

في الفصل صور (أحدها) قول القائل كذا لفلان صيغة إقرار (وقوله) لفلان على أو في ذمتي إقرار بالدين ظاهراً (وقوله) عندي أو معي إقرار بالعين ولو قال له قبلي الف قال في التهذيب هو

الامام عن المزني في المنشور مع نقله فيه جواز بيع الدقيق بالدقيق كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقال في مختصر البويطى ولا يجوز أن يؤخذ دقيق بقمح وقال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن البصرى ومكحول وأبو هشام وحامد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وذهب مالك في المشهور عنه إلى أنه يجوز كيلاً بكيل وبه قال قتادة وربيعة وإبراهيم النخعي وابن سيرين وابن شبرمة والليث بن سعد وذهب الأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهوية إلى أنه يجوز وزناً بوزن والأكثر على الامتناع من إثبات ما حكاه الكرايسى قولاً للشافعى منهم الشيخ أبو حامد والعبدري قال العبدري والصحيح أنه لا يحفظ عن الشافعى إلا المنع قال الشيخ أبو حامد لا يختلف المذهب في أن ذلك لا يجوز وقال القاضى أبو الطيب لا يحفظ للشافعى في كتبه غير ذلك وكذلك في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة أنه خطأ لا يحفظ عن الشافعى وغير من سميننا يقول ذلك قال

دين ويشبه أن يكون هو صالح للدين والعين جميعاً (الثانية) إذا قال لعيره لى عليك الف وقال في الجواب زن أو خذ لم يكن إقراراً لأنه لم توجد منه صيغة التزام وقد يذ كر مثل ذلك من يستهزىء ويبالغ في الجحود ولو قال استوف أو اتزن فكذلك وفي التتمة نقل وجه في قوله اتزن أنه اقرار لأنه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الانسان لنفسه بخلاف قوله زن ويقال هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله ولو قال خذ أو زنه فظاهر المذهب أنه ليس باقرار أيضاً وقال الزبيرى انه اقرار ووجهه أن الكناية تعود الى ما تقدم في الدعوى ولو قال سده في همنا بك أو اجعله فى كسبك أو أختم عليه فهو كقوله زنه أو خذه واعلم أن الوجه الذى روينا عن الزبيرى نسبه صاحب الكتاب فى الوسيط الى صاحب التلخيص فلم يورد فيه المسألة ولو قال المدعى عليه فى الجواب بلى أو نعم أو أجل أو صدقت فهو اقرار لان هذه الالفاظ موضوعة للتصديق والموافقة ومثله أجابوا فيما اذا قال لعمرى ولعل العرف يختلف فيه ولو قال أنا مقر به أو بما يدعيه ولست بمنكر له فهو اقرار ولو قال أنا مقر ولم يقل به أو قال لست بمنكر أو أنا أقر لم يكن اقراراً لجواز أن يريد الاقرار ببطالان دعواه أو بأن الله تعالى واحد وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله انى مقر به اقرار فيما اذا خاطبه فقال أنا مقر لك به والا فيجوز أن يريد الاقرار به لعيره ولو قال أنا أقر لك به فوجهان (أحدهما) أنه ليس باقرار لجواز أن يريد به الوعد بالاقرار فى تأتى الحال (والثانى) أنه اقرار لان قرينة الحصومة تشعر بالتمييز ونسب الامام رحمه الله الوجه الثانى للأكثرين واختاره كذلك القاضيان الحسين والرويانى ولا يحكى الثانى الا نادراً فضلاً عن الذهاب اليه (وأما) المختار فهو مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال لا أنكر ما تدعيه كان اقراراً غير محمول على الوعد ورأيت بعض أصحاب أبى عاصم العبادى أجاب عن هذا الالزام

هؤلاء ولعله أراد بأبي عبد الله مالك وأحمد لما سحكيه من مذهبها وجماعه من الأصحاب سكتوا عنه لم يحكوا فيه خلافاً منهم الفوراني وقال الروياني قال أكثر أصحابنا المسألة على قول واحد أنه لا يجوز ولم يوجد في شيء من كتبه جوازه ومنهم من ذهب إلى إثباته قولاً للشافعي وبه قال أبو الطيب ابن سلمة فيما حكاه أكثر الأصحاب وابن الوكيل فيما حكاه المحاملي والقفال فانه قال في شرح التلخيص بعد قول صاحب التلخيص فان كانا مطحونين أو أحدهما لم يحز قال القفال وقال في القديم يجوز والمشهور من مذهبه أنه لا يجوز فاستفدنا من ذلك أن القفال من المعترفين بأثبات هذا القول وان لم ينسبه للكرائسي والكرائسي من رواة القدم ووجهه عما سذكركه من حجة المالكية قال الرافعي وعلى هذا فالمعيار الكمل وود احتار في كماله في كتابه الأشرف مع بيع الحنطة بالدقيق متفاضلاً وجوازه مثلاً قول ولا أعلم حجة تجمع من جهة مثلاً وحصل الامام منقول الكرائسي

بأن العموم الى النفس أسرع منه الى الاثبات ألا ترى ان النكرة في معرض النفي نعم وفي معرض الاثبات لا تعم ولك ان تقول هب ان هذا الفرق بين لكن لا ينفي الاحتمال وقاعدة الاقرار باليقين قال الامام رحمه الله وبتقدير حمله على الوعد فالقياس ان الوعد بالاقرار اقرار كما ان نقول التوكيل بالاقرار اقرار ولو قال في الجواب لا كبر ان يكون محققاً لم يكن مقراً بما يدعيه لجواز ان يريد في شيء آخر فلو قل فيما تدعيه فمواقار ولو لا كبر فهو كما لم سألت وجعل منكراً وتعرض عليه اليقين ولو قال برأيتني عنه أو فنته فيه فقرأ عليه منه انصاف ولا ريب عن مص الأصحاب ان قوله ابرأني ليس باقرار لقوله تعالى (فبرأه الله مما قلوا) وتبرأه من عب لادرة لا تقتضي اثباته له ولو قال اقررت بأنك ابرأني واستوفيت مي لم يكن قراراً ولو قال في الجواب نعم سي و ظن او أحسب أو أفدر لم يكن مقراً وههنا مباحثة وهو أن اللفظ ون كان صريحاً في التصديق فقد تنصم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه الى الاستهزاء والكذب ومن جملة الاداء والابراء وتحريك الرأس على شدة التعجب والانسكار ويشبه أن يحمل قول الأصحاب ان صدقت وما في معناه اقرار على غير هذه الحالة اما إذا اجتمعت القرائن فلا يحمل إقراراً أو يقال فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال لي عليك الف فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك على الف فان أبا سعيد المتولي حكى فيه وجهين (الثالثة) لو قال اليس لي عليك الف فقال بلى كان مقراً ولزمه الألف ولو قال نعم فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه لأن نعم تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث أن أصل بلى بلى وزيدت عليها الياء وهو الرد والاستدراك وإذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله اليس لي عليك الف فانه الذي أدخل عليه حرف الاستفهام وبقي له ونفي النفي اثبات فكأنه قال لي

شيأ آخر وهو أن الدقيق والحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً باختلاف الصفة والاسم والمنفعة قال الرافعي ويشبه أن يكون هو منفرداً بهذه الرواية يعني الامام (قلت) وليس منفرداً بها بل حكاهما الماوردي في الحاوي كذلك وسوى بينهما وبين قول أبي ثور فاستدل الأصحاب بما ذكره المصنف قالوا ولا فرق بين الموضمين إلا أن الرطب لم يبلغ حالة الادخار والدقيق زال عنها ولو قدر عود الدقيق إلى حال كونه حنطة لفاتت المماثلة كما أنه إذا قدر الرطب تمرّاً تفوت المماثلة قال الأصحاب حالة كمال الحب كونه حباً فإنه يصلح للبذر والطحن والادخار واستدلوا أيضاً بأن الدقيق جنس فيه الربا زال عن حال كمال البقاء كاللحم بالحيوان والشيرج بالسسم واحترزوا بصنعة ادنى عن المستويين واحتج من نصر قول مالك بأن الدقيق نفس الحنطة وإنما تفرقت أجزاءه فأشبهه الدراهم الصحيح بالمكسرة واحتج من نصر قول الأوزاعي وأحمد بأن الطحن لا يتغير به الوزن وإنما يختلف به الكيل فإذا بيع أحدهما بالآخر وزناً كانا متساويين وأجاب الأصحاب عن حجة المدعي بأنه إذا كان حباً

عليك الك على الف وقوله نعم تصديق له فكأنه قال ليس لي لك على عليك الف هذا تلخيص ما نقل عن الكسائي وغيره من أئمة اللغة وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى (الست ربكم قالوا بلى) وقال تعالى (أم يحسبون أنا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى ورسلنا لديهم يكتبون) وقال تعالى (أحسب الإنسان أن لن نجتمع عظامه بلى قادرين على أن نسوي بنانه) وقال تعالى في لفظة نعم (فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وقال تعالى (أئنا لنا لأجراً إن كنا نحن الغالبين قال نعم) والوجه الثاني أن يكون مقراً بأن كل واحد منهما بقاء مقام الآخر في العرف والوجه الأول هو الذي أورده صاحب التهذيب وغيره لـكن الثاني أصح عند الامام وصاحب الكتاب وبه أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولي ووجهه بان الاقارير تحمل على معهود العرف لا على حقائق العربية ولو قال هل لي عليك الف فقال نعم فهو اقرار (الرابعة) إذا قبل اشترى مني عبدى هذا فقال نعم فهو اقرار به للقائل كما لو قال اعتق عبدى هذا فقال نعم ويمكن أن يجيء فيه خلاف ما ذكرنا في الصلح فيما إذا قال يعني هذا العبد هل هو اقرار بالعبد المخاطب وليس في لفظ الكتاب في المسألة اضافة العبد الى نفسه والـكن المراد ما اذا أضاف وكذلك صور في الوسيط ولو كان اللفظ اشترى مني هذا العبد كما في الكتاب فالتصديق بنعم يقتضى الاعتراف بملكية البيع لا بانه يملك المبيع ولو ادعى عليه عبداً في يده فقال اشتريته من وكيلك فلان فهو اقرار له ويحاف ادعى عليه أنه ما وكل فلاناً بالبيع ثم ان اردف شرح صور الفصل بصور تقرب منها لو قال له على كذا في علمى أو فيما أعلمه وأشهد فهو اقرار ولو قال كن على الف فلان أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له فوجهان (أحدهما) أنه اقرار في الحال بحكم الاستصحاب

كانت أجزاؤه منضمة مجتمعة فلا يأخذ من المكيال الموضع الذي يأخذه إذا طحن وتفرقت أجزاؤه
فمضى بيع أحدهما بالآخر كأنما متفاضلين وعن حجة الأوزاعي وأحمد بأن المائنة معتبرة كيلا فإذا قدر
عودها إلى حالة كونها طعاما أفضى إلى التفاضل كيلا وهذه المسائل وما بعدها من جملة قاعدة تعرض
لها الشافعي في باب بيع الآجال من الام قال فإذا كان شيء من الذهب أو الفضة أو الماء كؤل أو المشروب
فكان الأدميون يصنعون فيه صنعة يستخرجون بها من الأصل شيئا يقع عليه اسم دونه اسم فلا خير في
ذلك الشيء شيء من الأصل وإن كثرت الصنعة فيه كما لو أن رجلا عمد إلى دنانير فجعلها طستنا
أو حليا ما كان لم يجز بالدنانير إلا وزنا بوزن وكالو أن رجلا عمد إلى تمر فحشاه في شن أو
جرة أو غيرها نزع نواه أو لم ينزعه لم يصح أن يباع بالتمر وزنا بوزن فكذلك لا يجوز حنطة بدقيق

(والثاني) لا لأنه لم يعرف في الحال شيء والأصل براءة الذمة ويقرب منه الخلاف فيما إذا قال
هذه داري أسكنت فيها فلانا ثم أخرجه منها قيل هو اقرار باليد لأنه اعترف بثبوتها من قبل وادعى
زوالها وعن أبي علي الزجاجي في جواب الجامع الصغير أنه ليس اقراره بالملك لزيد ودعوى انتقالها
منه لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته ولو قال ملكتها من زيد فهو اقرار فان لم يصدق زيد أمر
بالرد اليه ولو قال اقض الألف الذي لي عليك فقال نعم فهو اقرار ولو قال في الجواب اعطني غداً أو
ابعث من يأخذه أو امهاني يوماً أو حتى اصرف الدراهم أو حتى افتح باب الصندوق أو اقعد حتى
تأخذ أو لأجد اليوم أو لا تزال تتقاضى أو قال ما أكثر ما تتقاضى والله لا قضيتك فجميع هذه الصور
اقرار عند أبي حنيفة رحمه الله والاصحاب فيه مضاربون والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر
وتردد بعضهم في قوله اقض الألف الذي لي عليك فقال نعم أيضاً وكذا لو قال اسرح دابة فلان
هذه فقال نعم أو قال متى تنقضي حتى فقال غداً ولو قال له قائل غصبت ثوبي فقال ما غصبت من أحد
قبلك ولا بعدك لم يكن مقراً لأن نفي الغصب من غيره لا يوجب الغصب منه وكذا لو قال ما يزيد
أكثر من مائة درهم لأن نفي الزائد على المائة لا يوجب اثبات المائة وفيه وجه آخر
أنه اقرار بالمائة ولو قال معسر لفلان على ألف درهم أن رزقني الله ما لا قيل ليس باقرار للتعليق وقيل
هو اقرار وذلك بيان لوقت الاداء والاصح أن يستفسر فإن فسر بالتأجيل صح وإن فسر بالتعليق
لغا ولو شهد عليه شاهد فقال هو صادق أو عدل لم يكن مقراً وإن قال صادق فيما شهد به أو عدل فيه
كان مقراً قاله في التهذيب ولو قال ان شهد على فلان وفلان أو شاهدان بكذا فهما صادقان قال في
الحلية فيه قولان (أصحهما) أنه اقرار وإن لم يشهدا وبه أجاب صاحب التلخيص في المفتاح (والثاني)
أنه ليس باقرار لما فيه من التعليق فإن قال ان شهدا صدقتهما لم يكن مقراً لأن غير الصادق قد يصدق

وكذلك حنطة بسويق أو بنجر أو بفالودج إذا كان نشاء مشقة من حنطة وكذلك دهن سمس سمس
وزيت زيتون وكذلك لا يصح التمر المنشور بالتمر المكبوس لأن أصل التمر الكيل اه ثم قال
الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذلك بكثير وكذلك لا خير في تمر قد عصر وأخرج صفه بتمر ثم يخرج صفه
كيلا بكيل من قبل انه قد أخرج منه شيء من نفسه وإذا تم بغيره عن خلقته فلا بأس به وقد روى
عن مجاهد بأسناد حسن قال لا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالحنطة والسويق وعن الشعبي أنه
سئل عن السويق بالحنطة فقال ان لم يكن ربا فهو ربة وما احتج به في منعهم القمح بالدقيق والقياس
على بيع اللحم بالحيوان وهذا إنما يتم إذا جعلنا امتناع بيع اللحم بالحيوان معللا أما إذا جعلنا طريق
ذلك الاتباع والتعبد فيمتنع اللاحق * قال المصنف رحمه الله *

﴿ ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه وروى المزني عنه في المنشور أنه يجوز واليه أوماً في البويطي لانهما
يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة والصحيح هو
الأول لانه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والادخار فاشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافاً ﴾ *

الباب الثاني في الاقارير الجملة

قال ﴿ وهي سبعة (الاول) اذا قال لفلان على شيء يقبل تفسيره بأقل ما يتمول (ح) لانه
محتمل * وهل يقبل بحجة من الحنطة فيه خلاف * وهل يقبل بالكلب والسرجين وجلد الميتة فيه
خلاف * والظاهر القبول لانه شيء لازم * ولا يقبل بالخمر والخنزير لانه لا يلزم ردهما * ولا يقبل برد
جواب السلام والعيادة فانه لا مطالبة بهما * وان قال غصبت شيئاً قبل بالخمر والخنزير * ولو قال له
عندي شيء لم يقبل بالسلام لانه لا يملك * وفيه وجه ﴾ *

المقر به قد يكون مفصلاً وقد يكون مجملًا مجهول الحال وإنما احتمل فيه الاجمال لانه اخبار عن
سوابق والشيء يخبر عنه مفصلاً تارة ومجملًا تارة ويخالف الانشاءات حيث لا تحتل الجهالة والاجمال في أغلبها
احتياطاً لا ابتداءً الثبوت وتحرزاً عن الغرر ولا فرق في الاقارير الجملة بين أن تقع ابتداءً او في جواب
دعوى معلومة كما اذا ادعى عليه الف درهم وقال لك على شيء والالفاظ التي تقع فيها الجهالة والاجمال
لا حصر لها فاشتغل الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ببيان ماهوا أكثر استعمالاً ودوراناً على اللسان
ليعرف حكمها ويقاس بها غير (منها) إذا قال لفلان على شيء رجعنا في التفسير اليه فان فسره بما يتمول قبل
قليلاً كان أو كثيراً كفلس ورغيف وتمر حيث يكون لها قيمة وان فسره بما لا يتمول فاما أن يكون من
جنس ما يتمول أولاً يكون ان كان كحبة من الحنطة والبشير والسمسم وقمع الباذنجانة ففيه وجهان
(أحدهما) لا يقبل التفسير به لانه لا قيمة له فلا يصح التزامه بكلمة على ولهذا لا تصح الدعوى به (وأصحهما)

(الشرح) المراد ههنا أيضاً إذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح ودقيق الشعير بدقيق الشعير فيبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعماً والآخر خشناً قال الشيخ أبو حامد هذا الذي نص عليه في الجديد والتقديم وكذلك قال ابن الصباغ وهذا هو المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وقال أبو الطيب وابن الصباغ انه المشهور وقال الماوردي ان مقابله خطأ وكثير من الأصحاب لم يحكوا فيه خلافاً كلقاضي حسين وقال الروياني انه نص عليه في القديم والجديد وفرقوا بينه وبين بيع الحنطة الصغيرة الحبات بالحنطة الكبيرة الحبات بان أجزاء الحب ثم مجتمعة ورواية الزنى في المنشور مشهورة نقلها الأصحاب كافة عن المزني في مسألة المنشور عن الشافعي ونقله الامام عنه وعن نقل حرمله أيضاً وأما ما أوما إليه البويطي (فاعلم) أن الشافعي قال في البويطي وكل شيء من الطعام الذي لا يجوز إلا مثلاً بمثل من صنف واحد فلا يجوز أن يؤخذ شيء مما يخرج منه بأصله متفاضلاً إلا مثلاً بمثل وهذا يقتضي منع بيع الدقيق بالقمح متفاضلاً ويفهم أنه يجوز بيعه به متماثلاً وقد تقدم مع ذلك مع أنه بعد هذا بسطر في القويطي أطلق أنه لا يؤخذ دقيق بقمح فان كان المراد هذا النص الذي في البويطي فصحيح أنه يومي إلى بيع الدقيق بالدقيق لكن يومي أيضاً إلى بيعه بالقمح * وقال الشيخ أبو حامد انه حكاه في البويطي ولم ينقل أنه إيماء فلعله في مكان آخر لم أقف عليه بعد وكذلك القاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والرافعي كلهم نقلوه عن البويطي وقاسه الرازي بعد ان نقله عن البويطي والمزني في المنشور بيع الدهن بالدهن يجوز وان امتنع ببيع السمس فذلك هذا يجوز وان امتنع ببيع الحنطة وهذا ينهك على أن الخلاف

القبول لأنه شيء محرم أخذه وعلى من أخذه رده (وقوله) ان الدعوى به لاتسع ممنوع والتمرة الواحدة حيث لا قيمه لها من هذا القليل وعن القاضي أن الخلاف فيها بالترتيب وهو أولى بالقبول وان لم يكن من جنس ما يتمول فاما أن يجوز اقتناؤه لمنفعة أولاً يجوز (القسم الأول) الكتاب المعلم والسرحين وجلد الميتة القابل للدباغ في التفسير بها وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنها ليست بمال وطاهر الاقرار المال (وأصحهما) القبول لأنها أشياء يثبت فيها الحق والاحتصاص ويحرم أحدها ويجب ردها ومن هذا القسم الخمر المحترمة والكلب القابل للتعليم ومثال الثاني الخرة التي لاحرمة لها والخنزير وجلد الميتة والكلب الذي لا منفعة به ففي التفسير بها وجهان لكن الأصح ههنا المنع وهو الذي ذكره في الكتاب لانه ليس فيه حق اختصاص ولا يلزم ردها (وقوله) على مقتضى ثبوت حق المقر له ولو فسره بوديعة قبل لأن عليه ردها عند الطلب وقد يتعدى فتكون مضمونة عليه وروى الامام رحمه الله وجهاً أنه لا يقبل لأنها في يده لا عليه ولو أقر بحق الشفعة يقبل ذكره القاضي الروياني وبالعيادة

في هذا مفرع على المشهور انه لا يجوز بيع القمح بالدقيق أما علي رواية الكرايسي إذا اثبتناها قولاً فانه يجوز بيع الدقيق بالدقيق لا محالة وقد أحاز الروياني في الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة ونقله عن بعض أصحابنا وقال انه القياس ونقله مع بعض أصحابنا عن أبي حنيفة رضي الله عنه (واعلم) أن الأصحاب أطلقوا هذه الحكاية عن الشافعي ولم يشترطوا اشتراط التساوي في النعومة والخشونة وسيأتي مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وبعض أصحابنا أنه يشترط التساوي في أحدهما وكلام الروياني في الحلية ذكر التساوي في النعومة عن أبي حنيفة وبعض أصحابنا واختاره فيحتمل أن يكون مراده الاستواء في هذا أو في هذا وهو الظاهر ويرى كلام الشافعي المنقول عن المزني والمويطى عليه لأنه لو اختلفا فكان أحدهما خشناً والآخر ناعماً لم تحصل المماثلة وعن أحمد جواز بيع الدقيق بالدقيق وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يجوز إذا كانا ناعمين أو خشنين وعبارة بعضهم يشترط تساويهما في النعومة والخشونة ووافق على امتناع الناعم بالخشن قالوا نحن نعتبر المساواة حالة العقد وأتم تعتبرونها تارة فيما كان كمسألة الدقيق وتارة فيما يكون كمسألة الرطب واعتبار حال العقد أولى فالجهالة تؤثر حالة العقد فقط واستدل أصحابنا بما تقدم في بيع الدقيق بالقمح وقد وافقنا أبو حنيفة رضي الله عنه هناك مع كون الحنطة والدقيق متساويين ووافقنا على امتناع الناعم بالخشن ولا متعلق في أن بينهما مفاضلة فان ذلك منتقض بالحنطة إذا كان أحدهما أفضل من الأخرى وقال أصحابنا إنما نعتبر المساواة حالة الادحار محسب ثم ذلك يكون تارة فيما مضى وتارة فيما يكون ودليله ما تقدم في بيع الرطب بالتمر مع سلامته على الانتقاص بخلاف ما اعتبروه قاله فيقان ون تساوي الآن فقد يكونان متفاوتين حالة كونهما حاداً بأن يكون أحدهما من حنطة ريبه والآخر من حنطة حمصة •

ورد السلام لا يقبل لانه بعيد عن الفهم في معرض الاقرار اذ لا مطالبة بهما والاقرار في العادة يجري بما يطلب المقر ويدعيه قال في التهذيب ولو قال له على حق قبل التفسير بهما وظني أن الفرق بينهما عسير وكيف لا والحق أخص من الشيء ويبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل به الأعم وبتقدير أن يكون الأمر كما ذكره فينتقض التوجيه المذكور (وقوله) في الكتاب لا يقبل برد جواب السلام أخذ اللفظين من الرد والجواب كف والآخر زائد ولو كان الاقرار بلفظ الغصب فقال غصبت منه شيئاً فما يقبل تفسيره في الصورة السابقة يقبل ههنا بطريق الأولى إذا احتمله اللفظ وهذا القيد لتخرج الوديعة وحق الشفعة ويقبل أيضاً بالخمر والخنزير نص عليه في الام لان الغصب لا يقتضي الا الاخذ قهراً وليس في لفظه ما يشعر بالتزام وثبوت حق بخلاف قوله على ولو قال له عندي شيء فكذلك يقبل التفسير بالخمر والخنزير على المشهور لانه شيء مما عنده وقال الشيخ أبو محمد لا يقبل واختاره

﴿ فرع ﴾ قال الروياني بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق (قلت) وليس كذلك بل الصحيح جوازه وقد تقدم ذلك عند الكلام على بيع التمر المنزوع النوى والذي قاله الروياني هو قول القاضي حسين وصاحب التتمة ويمكن حمله على اللب المدقوق هو الذي يشبه الدقيق والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع حبه بسويقه ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه في الدقيق ولأن النارق قد دخلت فيه وعقدت أجزائه فمنع التماثل ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب السويقي ضربان تقيع ومطبوخ فالنقيع ينقع الطعام في الماء ليبرد ثم يجفف ثم يقلى ويجرش والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلى ويجرش فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه فانه إذا قلى يكون أصغر جرماً مما كان قبل ذلك وهذا الذي أراده المصنف بالعلة الثانية والعلة الأولى ظاهرة فانه بمنزلة الدقيق وإن لم نلاحظ دخول النار فيه فهما دليلان جيدان وقياس قول أبي ثور أن يأتي ههنا فإن اختلاف الاسم موجود وكذلك نقله ابن المنذر عنه صريحاً وعن مالك أنهما يقولان لا بأس به متفاضلاً وأما قول أبي الطيب بن سلمة في منقول الكرايبي أن ثبت عن الشافعي فلا تتأني هنا العلة الثانية وهي دخول النار وما ذكره هؤلاء الأئمة في تفسير السويقي مخالف للمعروف في بلادنا اليوم ومن نص على المسألتين اللتين ذكرهما المصنف كما ذكرهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي وغيرهم من العراقيين والقاضي حسين من

الامام وصاحب الكتاب ووجهه بان قوله عندي يشعر بثبوت ملك أو حق وللأولين أن يمنعوا ذلك ويحتجوا عليه بانتظام قول القائل لفلان عندي خمر أو خنزير ثم لم أن يدعو مثل ذلك في قوله غضبت من فلان *

قال ﴿ ثم ان امتنع عن التفسير حبس إلى أن يفسر على رأي ﴾ وجعلنا كلا عن اليمين على رأي حتى يحلف المدعي * فلو فسر ب درهم فقال المدعي بل أردت عشرة لم يقبل دعوى الارادة بل عليه أن يدعي نفس العشرة * والقول قول المقر في عدم الارادة وعدم اللزوم * عرفت أنه بم يقبل تفسير الاقرار بالشئ وبم لا يقبل وفي الفصل وردت مسائلتان لا اختصاص لهما بلفظ الشئ بل يعان سائر المهمات وإنما أوردتهما في هذا الموضع لان الاقرار بالشئ أول ما ذكره من الاقارير الجملة (المسألة الأولى) اذا اقر بمجمل وطالب البناء بالتفسير فامتنع ففيه ثلاثة أوجه جمعها الامام رحمه الله اظهرها انا نجحسه حبسنا إياه اذا امتنع من أداء الحق لان التفسير والبيان حق واجب (والثاني) أنه لا يحبس بل ينظر ان وقع الاقرار بالمهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير جعل

الحراسانيين وتقل القاضي أبو الطيب والمحاملي المنع من بيع الحنطة بسويق الحنطة عن نفسه في
الصرف وقال الامام ان ابن مقلص حكى أن الشافعي جعل السويق مخالفاً لجنس الحنطة فانه يخالفها
في المعنى والدقيق مجانس للحنطة فانه حنطة مفرقة الاجزاء واعلم أن السويق في بلادنا اسم^(١)
وكذلك قال ابن الرفعة في السكافية لما حكى ما قاله أبو الطيب ان ذلك مخالف لما نعرفه في بلادنا
وجوز مالك بيع السويق بالقمح متفاضلاً ففرق في ذلك بين السويق والدقيق وهو قول الليث بن
سعد وأبي يوسف وروى أبو يوسف ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عنه أنه لا يجوز واحتج
من جوزه أن السويق صار بالصنعة جنساً آخر فصار بمنزلة بيع جنس بجنس آخر وتقض أصحابنا
ذلك بالحنطة بالدقيق وتمسكوا باعتبار حالة الادخار •

(١) يياض
بالاصل فحرر

﴿فرع﴾ بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز لانه قوت زال عن هيئة الادخار بصنعة آدمي فلم يجوز
كما لو كان أحدهما أخشن من الآخر صرح به جماعة من الأصحاب منهم الماوردي والقاضي حسين وعن
أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان (أشهرهما) أنه لا يجوز وروى أبو يوسف رواية شاذة أنه يجوز كيلاً بكيل
وعن مالك وأبي يوسف رحمهما الله أنه يجوز متفاضلاً لأنهما جنسان لأنه لو حلف لاياً كل دقيقاً فكل
سويقاً لم يحنث ونقله ابن المنذر عن أبي ثور أيضاً وما ذكره منتقض بانواع التمر كالمعقل والبرني •

ذلك انكاراً منه وتعرض عليه اليقين فإن أصر جعلنا كلاً عن اليقين وحلف المدعي وإن أقر
ابتداء قلنا للمقر له ادعى عليه حلفك فإذا ادعاه وأقر بما ادعاه أو أنكر فذاك وأجرينا عليه الحكم
وان قال لأدري جعلناه منكرًا فإن أصر جعلناه كلاً وذلك انه إذا أمكن تحصيل الغرض من غير
حبس لا يحبس (والثالث) عن حكاية صاحب التقريب انه ان أقر بغصب وامتنع من بيان المغدوب
حبس وان أقر بدين مبهم فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني وذكر أبو عاصم العبادي أنه إذا قال
على شيء وامتنع من التفسير لم يحبس وان قال على ثوب أو فضة ولم يبين يحبس وأشار من شرح
كلامه إلى أن الفرق مبني على قبول التفسير بالخمر والخنزير فانه لا يتوجه بذلك مطالبته وحبسه
(الثانية) إذا فسر اقراره المبهم بتفسير صحيح وصدقه المقر له فذاك والا فليبين جنس الحق وقدره
وليدعيه وإلّا ل قول المقر في نفيه ثم لا يخلو اما أن يكون ما ادعاه من جنس ما فسر المقر أو من غير
جنسه فان كان من جنسه كما إذا فسر اقراره بمائة درهم وقال المقر له لي عليه مائتان فإن صدقه على
ارادة المائة فهي ثابتة بالاتفاق ويحلف المقر على نفي الزيادة ولو قال أراد به المائتين حلف المقر على أنه
مأراد مائتين وليس عليه إلا مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة وعن ابن المرزبان أنه لا بد من يمينين
والمشهور الأول فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين ولا يحلف على الارادة لأنه لا يطلع

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ ولا يجوز بيعه لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل ولأن الخمر مورور والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوي بينهما ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ نص الشافعي رضي الله عنه في البويطي على أنه لا يجوز بيع الخمر بالحنطة ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن نصه في الصرف وجزم به هو والشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي حسين والرافعي ويرحم للملتين اللتين ذكرهما المصنف وهما في الحقيقة متحدتان لأن مخالطة الماء ودحول النار كل منهما صالح لأن يكون علة للبطلان وحده • قالوا وربما خلط في الخبز أيضاً بورق ولما نقل الامام رواية ابن مقلاص وجعلها في أن السويق مخالف للحنطة والدقيق مجانس لها قال وعلى هذا الخمر كالحنطة ويجب أن يخالف الدقيق والسويق أيضاً فاقتضى هذا الكلام اثبات خلاف في بيع الخمر وحده عن أصحاب أبي حنيفة أنهم قالوا يجوز بيع الخمر بالحنطة متفاضلاً وهو قياس قول أبي ثور كما قاله في الحنطة - لدقيق •

﴿ فرع ﴾ وهو الذي بالخمر لا يجوز ومن صرح به مخصوصه الموراني وقد تقدم ما قلناه من كلام الامام وكذلك من المنع في ذلك ابن المنذر عن الشافعي ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبي ثور واسحق وسفيان الثوري حوازه وقال احمد لا يعجبي •

عليها خلاف ما إذا مات المقر وفسر الوارث وادعى المقر له زيادة حيث يخلف الوارث على نفي ارادة المورث لأنه قد يطلع من حل مورثه على ما لا يطاع عليه غيره قال صاحب التهذيب ومثله لو أوصى بمحمل ومات ميمنه الوارث فزعم الموصي له أنه أكثر يخلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة ولا يتعرض للارادة والفرق أن الاقرار اخبار عن سابق وقد يعرض فيه اطلاع والوصية انشاء أمر على الجهالة وبيانه إذا مات الموصي إلى الوارث وإن كان ما ادعاه من غير جسد مفسر به المقر بطلان صدق في الارادة وقيل ليس لي عليه مفسر به إنما لي عليه كذا بطل حكم الاقرار رده وكان مدعياً في غيره وإن كدنه في دعوى الارادة وقال إنما أراد ما ادعته حاف المقر على نفي الارادة وبني مادعيه ثم إن كدنه في استحقاق المقر به بطل الاقرار فيه والاثبات ولو اقتصر المقر على نفي دعوى الارادة وقال ما أردت بكلامك مفسرته وإنما أردت كذا أما من جسد المقر به أو من غيره لم يسمع منه ذلك لأن الاقرار والارادة لا يثبتان حقاً له بل الاقرار اخبار عن حق سابق وعليه أن يدعى الحق لنفسه وقال الامام وفيه وجه ضعيف أنه قبل دعوى الارادة المجردة وهو كالمخلاف فيمن ادعى على خصمه أنه أقر بألف درهم هل تسمع منه أم عليه أن يدعى بعين الألف (وقوله) في

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من الطعومات بالنخالة لأنها ليس مال ربا وقبل الروياني بأن تكون النخالة صافية عن الدقيق وهذا هو المراد وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيها شيء لب قاله في التتمة والبحر قل في البحر لأنه نخلة وقال في تعليق القاضي حسين في أحد الوجهين وإن كان لا يجوز السلم فيها ولذلك يجوز بيع المسوسة التي لا لب فيها بغير المسوسة قاله في ^(١) والبحر أيضاً ومن الواضح أن شرط ذلك أن يكون للمسوسة قيمة والا فيمتنع بيعها مطلقاً وقال الامام أن الحنطة المسوسة إذا قربت من المفقودة ظهر قول الأئمة جواز بيع بعضها ببعض وإنما راعوا في هذه طرد النظر إلى طرد القول في الجاس لعسر النظر في تفصيل الحنطة التي تتمادى زمان احتكارها وأعل هذا قبل أن تتأكل فأما إذا تأكلت وخالت أجوافها فبيها نظر عندنا فإن الأئمة أطلقوا بيع المسوسة بالمسوسة والمسوسة في التي بدأ التأكل فيها والقياس القطع بالمنع إذا الحنطة المقلية لا يباع بعضها ببعض لما فيها من التجافي الحاصل بالقلبي انتهى وإذا تأملت ما قاله الامام وجدته لم يلاحظ أن المسوسة خارجة عن الربا البتة بخلاف ما قاله المتولي والرافعي والتحقيق في ذلك أنه ان فرضت المسوسة لشيء في جوفها البتة فهذا مخالفة ولا ربا فيها وإن فرض أن السرس كثير فيها بحيث قربت

(١) يابض
بالاصل فحرر

الكتاب لم تقبل منه دعوى الارادة بل عليه أن يدعى نفس العشرة ربما يفهم منه أن دعوى الارادة لا التفات اليها أصلاً وليس كذلك وإنما المراد أنها وحدها غير مسدوعة فأما إذا ضم اليها دعوى الاستحقاق فيحذف أنقر على نفيها على التفصيل الذي تبين الذي اتفقت النقلة عليه ويدل عليه من انظر الكتاب قوله والقول قول المقر في نفي الارادة وفي اللزوم وإن كان فيه كلام وهو أنا حكينا في البيع وجهين وهو أن المشتري إذا ادعى عيباً قديماً بالمبيع وقال المانع بعته أو قبضته ساجاً يلزمه أن يحلف كذاك أم يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق به الرد فليجي ههنا وجه أنه يكفيه نفس اللزوم ولا يحتاج إلى التعرض للارادة •

﴿ فرع ﴾ لو مات المبيع قبل التفسير طواب به الوارث فإن امتنع فقولان (أحدهما) أنه يوقف مما ترك أقل ما يتمول (وأظهرهما) أنه يوقف الكل لأن الجميع وإن لم يدخل في التفسير فهو مرتين بالدين •

قال ﴿ الثاني إذا قال على مال يقبل بأقل ما يتمول ولا يقبل بالكلب وجلد الميتة • والظاهر قبول المستولدة • ولو قال مال عظيم أو نفيس أو كثير أو مال وأي مال كان كما لو قال مال وحمل على عظم الرتبة بالاضافة • فلو قال مال أكثر من مال فلان أو بما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره بما دونه • ومعناه أن الدين أكثر بقاء من الدين أو الحلال أكثر من الحرام •

من العفن فهذه الاختلاف فيها أشد من الاختلاف في الدقيق فيمتنع بيع بعضها ببعض وإن فرض أنه كما بدا التأكل فيها الذي لا يحصل معه تفاوت غالباً فيدح وتكون كالحنطة التي قد طال احتكاكها وينزل كلام الامام وما نقله عن الأئمة على هذا والله أعلم *

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ولا يجوز بيع خبزه بخبزه لأن ما فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل فمنع جواز العقد ﴾
 ﴿ الشرح ﴾ المراد الخبز بالخبز إذا كانا لينين فلا يجوز قال الشيخ أبو حامد باختلاف على المذهب لما ذكره المصنف ولأن أصل ذلك السكيل ولا يمكن اعتبار السكيل فيه * وافق الأصحاب على ذلك القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي والقاضي حسين والرافعي * ومن وافق الشافعي على ذلك عبيد الله بن الحسن نقله ابن المنذر ونقل عن مالك أنه إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن وبدل الأوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا بأس به قرصاً بقرصين ولذلك إذا كان أحدهما ليناً والآخر يابساً لا يجوز أيضاً ومن صرح به ابن الصباغ في الشامل والجرجاني في الباعث والشافعي ولك أن تدرجه في كلام المصنف رحمه الله تعالى فإنه أنشأ المنع في الخبز بالخبز ثم ذكر بعد هذا الخلاف في الجافين خاصة كما سيأتي فكان ماسوى ذلك

في الفصل ثلاث صور (أحدها) إذا قال له على مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول ولا يقبل بما ليس بمال كالكاب وجاد الميتة والوجه القبول بالتمرة الواحدة ولو كان بحيث يكثر التمر وتوجيهه أنه مال وإن لم يتمول في ذلك الموضع هكذا يذكره العراقيون ويقولون كل ما يتمول مال ولا ينعكس وتلتحق الحبة من الحنطة بالتمرة الواحدة وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد (أظهرهما) وهو اختيار الشيخ القبول لأنه ينتفع بها وتستأجر وإن كانت لا تباع وإن فسر بوقف عليه فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف هل للموقوف عليه (الثانية) إذا قال على مال عظيم أو كبير أو كثير أو جليل أو نفيس أو خطير أو غير تافه أو مال وأي مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول لأنه يحتمل أن يريد به عظيم خطره يكفر مستحله أو وزر غاصبه والخائن فيه وقد قال الشافعي رضي الله عنه أصل ما أبى عليه الإقرار أن لا الزم إلا اليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقبل في العظيم والكثير بأقل من عشرة دراهم ويروى مائتا درهم وساعدنا في الجليل والنفيس والخطير وعن مالك رحمه الله أنه لا يقبل التفسير بأقل مما تقطع فيه يد السارق وذهب بعض الأصحاب فيما حكاه القاضي الحسين وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون أوسع منه بالعظيم فائدة واكتفي بعضهم بالعظيم من حيث

مندرجاً في كلامه والله أعلم * وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متماثلين لأن معظم منفعتهما في حال رطوبتهما فصار كالابن بالبن وفرق أصحابنا بالتفاوت في حال السكال والادخار فانه موجود في الخبز بخلاف الابن ولو كان الخبز من جنسين جاز يداً بيد صرح به الصبوري في الكفاية والماوردي في الحاوي ولم يلاحظا ما فيه من الماء والمالح لاستهلاكه وليس ذلك من صورة مدعجوة الممتعة كما تقدم التنبيه عليه أنه إذا بيع الشيء بغير جنسه كالقمح بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر لا تقصد يصح وان كان ذلك مؤثراً في التماثل وحكي ابن الرفعة عن القاضي حسين ان الأصح الصحة ولا مبالاة بما فيهما من الماء والمالح لان ذلك مستهلك فيهما قل ابن الرفعة وهذا الخلاف الذي اقتضاه كلام القاضي لوجه له والصواب الجزم كما في القمع بالشعير إذا كان في كل منهما شيء لا يقصد من الآخر والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان جنف الخبز وجعل فتيناً وبيع بعضه ببعض كيلاً ففيه قولان (أحدهما) لا يجوز لانه لا يعلم تساويهما في حال السكال فلم يجوز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب (والثاني) أنه يجوز لانه مكيل مدخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر) *

الجرم والجثة ولو قال على مال قليل أو حقير أو خسيس أو طفيف أو تافه أو نذر أو يسير فهو كما لو قال مال وتحمل هذه الصفات على استحقاق الناس إياه أو على انه فان زائل فكثيره بهذا الاعتبار قليل وقيل به بالاعتبار الأول كثير (وقوله) في الكتاب وحمل على عظم الرتبة بالاضافة إلى أحوال الناس وطبائعهم فقد يستعظم الفقير ما يستحقه السرى (الثالثة) قال لزيد على مال أكثر مما لفلان قبل تفسيره بأقل ما يتمول وان أكثر مال فلان لانه يحتمل أن يريد به انه دين لا يتطرق اليه الهلاك وذلك عين متعرض لهلك أو يريد أن ملزيم على حلال ومال فلان حرام والقليل من الحلال أكثر بركة من الحرام وكما أن القدر منهم في هذا الاقرار فكذلك الجنس والنوع مهمان ولو قل له على أكثر من مال فلان عدداً فلا بهام في الجنس والنوع ولو قل له على من الذهب أكثر مما لفلان فلا بهام في القدر والنوع ولو قل من صحاح الذهب فلا بهام في القدر والنوع ولو قل من الذهب فلا بهام في القدر وحده ولو قل لزيد على أكثر مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره بأقل ما يتمول أيضاً لاحتمال أن يعتقد أنهم شهدوا زوراً ويريد أن القليل من الحلال أكثر بركة ولو قل أكثر مما قضى به القاضي على فلان فوجهان (أحدهما) أنه يلزمه القدر التقضي به لأن قضاء القاضي محمول على الصدق والحق (وأظهرهما) أنه كما قال أكثر مما شهد به الشهود لأن قضاء القاضي قد يستند إلى شهادة الزور والحكم الظاهر لا يغير ما عند الله تعالى ولو قل لفلان على أكثر مما في يد فلان قبل تفسيره

﴿ الشرح ﴾ القولان نقلهما الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحامي ونصر المقدسي وابن الصباغ وحكماهما الماوردي وجنين وعن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ قول المنع إلى نصه في الصرف وعزاه المحامي إلى الأم عزاد الروياني إلى عامة كتبه وأما قول الجواز فرواه القاضي أبو الطيب والمحامي وابن الصباغ والروياني في رواية حرمة قل الرافعي ورواه الشيخ أبو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مقلص (قلت) ونقله القاضي حسين عن التقديم وفرضه في الكعك المدقوق بالكعك المدقوق وقال وأعلنا جواز ذلك رخصة للمساكين لانه أغلب قوتهم وزادهم وأما رواية القاضي حسين هذه فيحتمل أن تكون غير الرواية المنسوبة لحرمة ولا يلزم طردها في الحب كما قل القاضي ولا في غير الشميز وأما رواية حرمة ونقل الشيخ أبي عاصم لما عن ابن مقلص فان كان ابن مقلص هو عمر بن عبد العزيز بن عمران بن مقلص فلا تنافي فانه توفي سنة خمس وثمانين ومائتين ولم يدرك الشافعي فلهذه من الرواة عن حرمة هذا ان كان المراد بابن مقلص عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه المذكور وهو الذي قلناه في طبقات الفقهاء المنسوبة لابن الصلاح والنووي ونسب الرواية المذكورة اليه وقال النووي في تهذيب الأسماء وان كن أبوه عبد العزيز هو المراد وهو الأقرب فانه صاحب الشافعي ومن روى عنه فلهذه كلاهما روياه وجعل إمام الحرمين رواية ابن مقلص أنه يجوز بيع الحنطة

بأقل ما يتمول كما لو قال من مال فلان ولو قال له على أكثر مما في يد فلان من الدراهم لا يلزم التفسير من جنس الدراهم لكن يلزمه بذلك العدد من أى جنس شاء وزيادة بأقل ما يتمول هكذا ذكره في التهذيب لكنه يخاف ما سبق من وجنين (أحدهما) التزام ذلك العدد (والثاني) التزام زيادة عليه فان التأويل الذي تقدم الأكثرية يتبعهما جميعاً ولو قل على من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم وكان في يد فلان ثلاثة دراهم فجواب صاحب التهذيب أنه يلزمه ثلاثة دراهم وزيادة بأقل ما يتمول (والأظهر) ما نقله الامام رحمه الله وهو أنه لا يلزمه زيادة حملاً للأكثر على ما سبق وحكى عن شيخه أنه لو فسر بما دون الثلاثة يقبل أيضاً ولو كان في يده عشرة دراهم وقال المقر لم أعلم وظننت أنها ثلاثة قبل قوله مع يمينه (وقوله) في الكتاب إذ الحلال أكثر من الحرام أى أكثر بركة أو رغبة وما أشبه ذلك •

قال ﴿ الثالث إذا قال له على كذا فهو كذا • وإذا قل كذا كذا درهم فهو تكرار • ولو قال كذا درهم (ح و) يلزمه درهم واحد • وكذلك كذا وكذا (ح) درهم • ولو قال كذا وكذا درهما قل المزي رحمه الله قولين (أحدهما) أنه تفسير لهما فهما درهما (ح) (والثاني) أنه درهم (ح و) واحد • وهذا في قوله درهما بالنصب • وفي قوله درهم بالرفع الأصح انه درهم واحد •

بالسويق وجعلهم حسنين كما تقدم لكنه قال بعد ذلك وعلى هذا الخبر يخالف الحنطة وعلل الشيخ
أبو حامد والفوراني المنع بانه طعام ودمج طعام ودمج وذلك لا يجوز وهذا بعد لأن ما فيه من الملح في
الكيل فهو كبيع القمح وفيه حبات شعير يسيرة وذكر الحاملي أن المعنى الذي علل به المصنف
أصح لكنه جعل الأصل في ذلك الدقيق بالدقيق لخروجه نفسه وأما في علته وهو قوله **عليه السلام**
« أينقص الرطب إذا جف » والصحيح من القولين الأول وهو أنه لا يجوز ومن صحح ذلك الحاملي
في المجموع والماوردي ولولا أن الوجه الآخر مشهور من قول أصحابنا لكان له ولي لمخالفته النص
ومنافاة المذهب وكذلك قال في البحر أنه المذهب قال وقال القفال يحتمل غير هذا على المذهب
واعل ذلك قول مرجوع عنه والجمهور على إثبات القولين وقال الفوراني من أصحابنا من جعل المسألة
على قولين ومنهم من قال بل قول واحد لا يجوز ولا يثبت عن الشافعي جواب ذلك وهذا كله إداق
الحيز أما إذا كان حافاً غير مدقوق فلا يجوز كما تقتضيه كلام المصنف والأصحاب وبه شرح الروياني وأغرب
الحرثاني في الشافعي فقال له رحمه الله تعالى سح القولين أن لم يكن فيه مدح وهذا مع
عرايته وبعده محمول على ما إذا كان مدفوقاً كما مر من المصنف لكون محققين والعلم بذلك في تصحيحه
الجواز وجزم بأنه لا يجوز إذا كان فيهما أو في أحدهما ملح وقد تقدم الكلام فيه مع السبع أي حامد

إذا قال لفلان على كذا فهو كما لو قال سي ويقبل تفسيره بما يقبل به نفسه التي ولو قال
كذا كذا فهو كما لو قال كذا أو التكرار للتأكيد لا التحديد وهو قال كذا وكذا فاعلمه التفسير شيتين
مختلفتين أو متفقين بغير كالا واحد منهما في تفسير كذا من غير عطف وكذا لو قال على سي أو قال
سي وسي وهما على كذا درهم درهم واحد وكان الدرهم تفسيراً لما بينهما وفي النهاية أن عند
أبي حنيفة درهم واحد يسرون لأنه أول من فرده يدعى الدرهم ففسر حقه وانما سحوا
المروري وافقه فيما إذا كان المقر عارفاً بالعرية وأجاب الأصحاب في أن نفس الألفاظ لا يمتص إلى
الأعراب ولا توازن المهمات بالمبينات بدليل أنه لو قال على كذا درهم صحيح لا يلزمه مائة درهم
بالانفاق وإن كانت الموازنة المذكورة تقتضي لزوم مائة والتقيد بالصحيح لا يحمل على نصف درهم
أو ثلث درهم لكن نقل البنديجي أن الطحاوي حكى عن بعض أصحاب أبي حنيفة أنه درهم مائة
درهم والمشهور أنه لا يلزمه إلا درهم واحد كما هو قولنا ولو قال كذا درهم من غير عطف الصحة وكذلك
وفيه وجه أنه يلزم بعض درهم وهو اختيار ابن الصباغ ولو قال كذا درهم بالرفع فلا خلاف أنه درهم
درهم واحد ولو قال كذا درهم ووقف فهو كما لو خفض ولو قال كذا درهم كذا درهم كذا درهم
وقل أبو حنيفة رحمه الله درهم واحد درهمين ووافقوه أسحق في العالم بالعربية وهو قال كذا وكذا

و بيان أن ذلك لا يضر لانه لا يؤثر في المكيال وأما قياسه على التمر فالفارق خروجه عن حالة الكمال بخلاف التمر أما إذا كان الخبز من جنسين فانه يجوز لانه قد تقدم الجواز في اللبنين المختلفين في الجنس ففي اليابس أولى ولا يضر ما فيها من الملح لان ذلك غير مقصود بالمقابلة ومنعه من التماثل ان فرض غير ضار لاجل اختلاف الجنس بخلاف ما إذا كان الجنس متحداً على ما تقدم من ملة الشيخ أبي حامد **(فائدة)** قال الامام بعد أن ذكر النصوص التي حكاهما المزني في المنشور وابن مقلاص والكرائسي اتفق أئمة المذهب على أنها لا تعد من مذهب المذهب وإنما هي ترددات جرت في القديم وهي مرجوع عنها والمذهب ما مهدناه قبل هذا *

(فرع) لا يجوز بيع الخنطة بالجريش أو العجين أو الهريسة أو الزلاية أو النشا أو الفتيت أو شيء مما يتخذ منها ولا يبيع شيء من هذه الأشياء بعهض كالعجين بالعجين والنشا بالنشا ولا بالنوع الآخر كالديق بالسويق صرح بهذه الأمثلة القاضي حسين والماوردي ونصر المقدسي وغيرهم كل منهم ببعضها ولا الخنطة بالفلوذج قال ابن عبد البر في التمهيد أجمعوا على أنه لا يجوز عندهم العجين بالعجين لا تماثلاً ولا متفاضلاً لا خلاف بينهم في ذلك وكذلك العجين بالديق إذا طبخ العجين وصار خبزاً جاز بيعه عند مالك بالديق متفاضلاً ومتساوياً لان الصناعة قد كملت فيه وأخرجته

درهم أو درهم فكذلك لا يلزمه إلا درهم ويحى في الحفض الوجه الذي مر ولو قال على كذا وكذا درهماً قال في المختصر يعطيه درهمين لأن كذا يقع درهم يعني لما وصل الخمس بالدرهم كان كل واحد من المعطوف والمعطوف عليه واقعاً على درهم وكناية عنه هكذا قال المزني وقال في موضع آخر إذا قال على كذا وكذا درهماً قيل إعطه درهماً أو أكثر من قبل ان كذا يقع على أقل من درهمين (وقوله) أكثر إذا فسر بأكثر من درهم لزمه والا فالدرهم تعيين هذا ما نقله المزني واختلف الاصحاب في المسألة على طريقتين (أشهرهما) أنه على قولين وبه قول ابن خيران وأبو سعيد (وأصحهما) أنه يلزمه درهمان لأنه أقر بمثلتين مهمتين وعقبهما بالدرهم منصوباً والظاهر كونه تفسيراً (والثاني) وهو اختيار المزني أنه لا يلزمه إلا الدرهم لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم وحينئذ يكون المراد من كل واحد نصف درهم ومنهم من زاد قولاً ثالثاً وهو أنه يلزمه درهم وشيء فاما الدرهم فلتفسير الجملة الثانية وأما الشيء فلأن الأولى باقية على إهامها وهذا ينطبق على رواية من روى إعطه درهم وأكثر (والطريق الثاني) وبه قول أبو اسحق القطع بأنه يلزمه درهمان واختلفوا في نقل المزني والتصرف فيه من وجوه (أحدها) حمل ما نقل عن موضع آخر على ما إذا قل كذا وكذا درهم بالرفع كانه يقول وكذا والغرض أهمته درهم (الثاني) أنه حيث قال درهمان أراد ما إذا أطلق اللفظ وحيث

فيما زعم أصحابه عن جنسه وقول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله في بيع الدقيق بالخبز كقول مالك رحمه الله وتقل العبدري عن مالك جواز بيع العجين بالخبز وكذا اللحم النخيء بالمطبوخ •
(فرع) لا يجوز بيع الحنطة بالفالودج نص عليه الشافعي والأصحاب قال الشيخ أبو حامد وغيره ان الفالودج نشا وعسل ودهن فيكون قد باع طعاماً وغيره بطعام ولا يختص ذلك بهذا المثال بل كل ما عمل من المأكول لا يجوز بيعه بالمأكول نقله أبو الطيب عنه في الصرف وهي قاعدة متفق عليها بين الأصحاب فلا يجوز بيع الحنطة بالزلاية والهريسة •

(فرع) نقل ابن عبد البر عن الشافعي لا يجوز بيع الشبرق بالشبرق •
(فرع) وهذا كله في الجنس الواحد وأما عند اختلاف الجنس فجأز يجوز بيع البر بدقيق الشعير ودقيق البر بدقيق الشعير ودقيق أحدهما بسويق الآخر متفاضلاً يداً بيد صرح به القاضي حسين والماوردي وغيرهما وكذلك على المشهور في أن الأدم أجناس كذلك يقتضيه تعليل القاضي حسين وكذلك خبز البر بنخب الشعير جزم به الماوردي ولم يلاحظوا ما في الخبز من الماء والملح فيخرجوه على قاعدة مدحوة لانه مستهلك فيه لا اعتبار به وفي تعليق القاضي حسين أن ذلك هو الصحيح وان فيه وجهان أنه لا يجوز •

قال درهم أراد به ما إذا نواه ويصرف اللفظ عن ظاهره بالنية (والثالث) أنه حيث قال درهم أراد ما إذا قال كذا وكذا درهم فشك ان الذي يلزمه شيئان أو شيء واحد (والرابع) أنه حيث قال يلزمه درهم صور فيما إذا قال كذا وكذا درهم وقال أبو حنيفة رحمه الله يلزمه احد وعشرون درهما للموازنة السابقة وبه قال أبو اسحق في العارف بالعربية وخصص اختلاف الطرق وتفرق الأصحاب بغيره ولو قال كذا وكذا درهم بالرفع فطريقان (أحدهما) طرد القولين لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لها وان أخطأ في اعراب التفسير (وأحدهما) القطع بانه لا يلزمه الا درهم واحد لما سبق وكذا لو قال كذا وكذا درهم بالخفض لم يلزمه الا واحد ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم أولاً يلزمه الا بعض درهم ولو قال كذا وكذا وكذا درهما (فان قلنا) لو ذكر مرتين لزمه درهman فهنا يلزمه ثلاثة (وان قلنا) يلزمه درهم فكذلك ههنا وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله ثم كذا درهماً يلزمه درهم - بالحاء والواو - كما ذهب إليه أبو اسحق وكذا قوله وكذا كذا درهماً ويجوز اعلام قوله فهما درهman وقوله أنه درهم في مسألة كذا وكذا درهماً بهما أيضاً (وقوله) وهذا في قوله درهما بالنصب أي موضع القولين ذلك فاما اذا رفع فاصح الطريقتين القطع بلزوم درهم •

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والعنب بالعصير لانه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب وكذلك كل دهن بأصله والعنب بعصيره سواء كان العصير مثل مافي الأصل أو أكثر منه أو أقل وأصل ذلك قاعدة مدعجوة وذلك المأخذ ظاهر في السمسم بالشيرج وفي السمسم بشيرج وكسب وهما مقصودان وأما العنب فالتفل الذي يبقى بعد العصير فان السمسم فيه شيرج وكسب وهما مقصودان فيكون بيعه

قال ﴿ ولو قال على الف ودرهم فالألف مبهم وله تفسيره بما شاء بخلاف ما لو قال الف وخمسة عشر درهماً أو الف ومائة وخمسة وعشرون درهماً فان الدرهم لم يثبت بنفسه فكان تفسيراً لكل ولو قال درهم ونصف ففي النصف خلاف ﴾ *

إذا قال لفلان على الف ودرهم أو دراهم أو الف وثوب أو الف وعبد فهذا عطف مبين على مبهم فله تفسير الألف بغير جنس المعطوف وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان المعطوف مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسر الألف به وان كان متقوماً كالثوب والعبد بقي على ابهامه * لنا القياس على ماسلمه وعن مالك رحمه الله مثل مذهبنا * واختلف أصحاب أحمد فمنهم من ساعدنا ومنهم من قال يفسر بالمعطوف بكل حال * ولو قال خمسة عشر درهماً فالكل دراهم لأنه لا عطف وإنما هما اسمان جعلوا واحداً فالمدكور تفسير له ولو قال خمسة وعشرون درهماً فظاهر المذهب ان الكل دراهم لأن لفظ الدراهم فيه لا يجب به شئ زائد بل هو تفسير لبعض الكلام والكلام يحتاج الى التفسير فيكون تفسيراً لكل وقال ابن خيران والاصطخري الخمسة مجملة والعشرون مفسرة بأدراهم لمكان العطف وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسة وعشرون درهماً وقوله الف ومائة وخمسة وعشرون درهماً والف وثلاثة أثواب ومائة وأربعة دنانير وقوله مائة ونصف درهم * ولو قال درهم ونصف أو عشرة دراهم ونصف فوجهان أيضاً (قال) الاصطخري وجماعة من الأصحاب النصف مبهم لأنه معطوف على ما تقدم مفسر به فلا يتأتى فيه (وقال) الأكثرون الكل دراهم لجرىان العادة به حتى انه من قال درهم ونصف درهم عد ذلك تطويلاً لامنه زائداً على قدر الحاجة * ولو قال نصف ودرهم فالنصف مبهم ولو قال مائة وقفيز حنطة فالمائة مبهمة بخلاف قوله مائة وثلاثة دراهم لأن الدراهم تصلح تفسيراً لكل والحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة لأنه لا يصلح أن يقال مائة حنطة ولو قال على الف درهم برفعها وتنوينها فسر الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم كأنه قال الألف مما قيمة الألف منه درهم *

بالشريح من قاعدة مد عجوة والعنب كذلك فيه مائة وغيرها وهما مقصودان وان كان بعد العصير لا يبقى التفل مقصوداً والمصنف عال بمعنى يشمل ما يكون المقصود منه منحصراً في دهنه وعصيره ولا يظهر هذا المعنى كل الظهور فيما جزأه مقصودان بل المانع تخريجه على قاعدة مد عجوة ومن أمثلة المسألة بيع الجوز بما يتخذ منه من الدهن واللب والكسب لا يجوز ذكره انقاضي حسين وكذلك بيع دهن الجوز بلبه ذكر القاضي حسين أنه يجوز وهكذا دهن اللوز بلبه يجب أن لا يجوز ورأيت في تعليق القاضي حسين أنه يجوز وهو محمول على غلط النسخة التي رأيتها بيع الزيت بالزيتون وقد صرح بمنعه في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة وغيره والحاوي وعلاه بأن فيه مائة فالتماثل معدوم وقال ابن أبي هريرة وغيره عند أهل العراق ذلك جائز إذا كان الزيتون أكثر من الزيت قال وهذا

قال ﴿الرابع إذا قال على درهم يلزمه درهم فيه ستة دنانير عشرة منه تساوي سبعة مثاقيل وهي دراهم الاسلام﴾ فان فسر بالناقص في الوزن متصلاً قبل (ح) * وان كان منفصلاً لم يقبل إلا إذا كان التعامل به غالباً ففيه وجهان * وعليه يخرج المفسر بالدرهم المفسوشة * ولو فسر بالفلس لم يقبل بحال * وكذا لو قال على دراهمات أو دراهم صغار وفسر بالناقص لم يقبل * ولو قال على درهم يلزمه ثلاثة * ﴿

ذكرنا في الزكاة ان الدرهم الاسلامي المعتبر به نصب الزكاة والديات وغيرها عشرة من الدراهم سبع مثاقيل وكل واحد منها ستة دنانير ونزيد الآن ان كل دانق ثمان حبات وخمسة حبة فيكون الدرهم الواحد خمسين حبة وخمسة حبة والمراد من الحبة حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر لكن قطع من طرفها مادي وطال والدينار اثنان وسبعون حبة منها كذا نقل عن رواية أبي عبيد القاسم وحكاها الخطابي عن ابن سريج وفي حلية الروياني ان الدانق ثمان حبات فعلى هذا يكون الدرهم ثمانية وأربعون حبة * إذا عرفت ذلك ففي الفصل مسائل (أحداها) إذا قال على درهم أو ألف درهم ثم قال وهي ناقصة فدراهم طبرية الشام الواحد منها أربعة دنانير فأما أن يتنق الاقرار في بلد دراهم نامة أو بلد دراهم ناقصة ان كان الأول فأما أن يذكره منفصلاً أو متصلاً فان ذكره متصلاً فطريقان (أصحهما) القبول كما لو استثنى وكأنه استثنى من كل درهم دانقين (والثاني) وبه قال ابن خيران أنه على قولين بناء على أن الاقرار هل يتبعض وقد يوجه القبول بما سبق والمنع بأن اللفظ صريح فيه وما كل لفظ يتضمن تقضاً يصلح للاستثناء ألا ترى أنه لو قال على ألف بل خمسمائة يلزمه الألف وان ذكره منفصلاً لم يقبل وعليه وزن درهم الاسلام إلا أن يصدقه المقر له لأن انظر الدراهم صريح في القدر المعلوم وعرف بالبلد مؤيد له واختار الروياني أنه يقبل لأن اللفظ محتمل له والأصل براءة الذمة وحكاها عن جماعة من

خطأ ولا لجاز بيع تمر غليظ النوى بتمر رقيق النوى متفاضلا وبيع طحين السمسم بطحين السمسم وفيها الشيرج لا يجوز جزم به ابن أبي هريرة والماوردي وبيع الكسب إذا كان علفاً للدواب مثل كسب القرطم جازمتا ثلثا ومتفاضلا قاله ابن أبي هريرة وإن كان يأكله الناس جاز وكيل فأما موازنة وفصل ابن أبي هريرة فقال يجوز جافاً كيلاً بكيل ولا يجوز وزناً ولا قبل الجفاف لأن أصله الكيل وأطلق الماوردي النقل عن ابن أبي هريرة فقال حكى عنه جواز بيع بعضه ببعض وأنه يجوز بيع الكسب بالكسب وزناً ثم رد عليه وقال لا يجوز بيعه لأمر لأن أصله الكيل ويخالف عصره فرما بقي من دهن أحدهما أكثر من الآخر وإن الكسب ماء وماء ذلك يمنع المماثلة وألزمه في ذلك بما وافق عليه من امتناع بيع طحين السمسم بمثله والذي رأيته في تعاليق الطبري عن ابن أبي هريرة ما حكى أنه أولاً فينشد لا يرد عليه إلا كونه فيه ماء وملح وله أن يجيب عنه بأن الماء يزول بالجفاف ومافيه من الملح لا يضر كالخبز

الأصحاب وهو غريب وإن كان الثاني فإن ذكره متصلاً قبل لأن اللفظ والعرف يصدقان وإن ذكره منفصلاً فوجهان (أحدهما) لا يقبل ويحمل مطلق قراره على وزن الاسلام وهذا كما أن نصب الزكاة لا يختلف باختلاف البلاد (وأظهرهما) وهو المحكي عن نصه أنه لا يقبل حملاً كلامه على نقد البلد لأن للعرف أثراً بيناً في تقييد الألفاظ بأهل العرف وصار كما في المعاملات ويجرى الخلاف فيما إذا أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من وزن دراهم الاسلام مثل غزنة أنه يحمل إقراره على دراهم البلد أو على دراهم الاسلام (ان قلنا) بالأول فلو قال عنيت دراهم الاسلام منفصلاً لم يقبل وإن قاله متصلاً ففيه الطريقتان السابقة (والأصح) القبول مطلقاً وقد ذكرنا فيه خلافاً إذا كان الإقرار في بلد وزن دراهمه كامل (وقوله) وإن كان منفصلاً لم يقبل يجوز اعلامه - بالواو - كما قاله الروياني (الثانية) الدراهم عند الإطلاق إنما تستعمل في النقرة فلو أقر بدراهم وفسرها بالفلوس لم يقبل والتفسير بالدراهم المغشوشة كالتفسير بالناقصة لأن نقرتها لا تبلغ وإن الدراهم فيعود فيه التفصيل المذكور في المناقصة ولو فسر بجنس ردي من الفضة أو قال أردت من سكة كذا وهي غير جارية في تلك البلد قبل كما لو قال على ثوب ثم فسر بجنس ردي أو بمالا يعتاد أهل البلد لبسه ويخالف ماله فسر بالناقصة لأنه يرفع شيئاً مما أقرب به وههنا بخلافه ويخالف البيع حيث يحمل على سكة البلد لأن البيع انشاء معاملة والغالب أن المعاملة في كل بلد تقع بما يروج فيها ويتعامل الناس بها والإقرار اخبار عن سابق ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة وربما ثبت بنيرها فوجب الرجوع إلى إرادته ولأنه لا بد من صيانة البيع عن الجهالة والحمل على ما يروج في البلد أصح طريق تنفي به الجهالة والإقرار لا يجب صيانتها عن الجهالة وقال الزنى لا يقبل تفسيره بنير سكة البلد وحكاها الشيخ أبو حامد عن غيره من الأصحاب (الثالثة) إذا قل على دريهم أو دريهمات أو درهم صغير أو دراهم صغار ففيه اضطراب رواية الذي ذكره الامام رحمه الله وصاحب السكتاب أنه كما لو

الجاف فقد اختار الماوردي فيه وجه الصحة ولا فرق بينهما والرافعي لا يلزمه ذلك لأنه صحح في مسألة الخبز الجاف أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وبيع التمر بعصير الرطب لا يجوز قاله الروياني فكذلك بالخل من الرطب (قلت) وعلى قياس ذلك بيع العنب بنخل الزبيب لا يجوز قال نصر وكذلك السمسم بالطحينة والطحينة بالشيرج لا يجوز. وكذلك لا يجوز بيع كسب السمسم بالسمسم قاله الرافعي ولا بيع دهن الجوز بلب الجوز قاله الرافعي قال الرافعي وذكر الامام اشكالا وطريق حله أما الاشكال فهو ان السمسم جنس في نفسه لأنه دهن وكسب واللبن جنس في نفسه لا انه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسم بالسمم واللبن باللبن وان كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب وبيع السمن بالدهن كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وأما الحل فانه إذا قوبل السمسم بالسمسم واللبن باللبن فالعوضان

قال درهم أو دراهم فيعود في التفسير بالنقص التفصيل السابق وليس التقييد بالصغر كالتيقيد بالنقصان لان لفظ الدراهم صريح في الوزن والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل ويجوز أن يكون بالاضافة الى الدراهم البغلية وساعدها صاحب التهذيب على ما ذكره في الدرهم وقال في قوله درهم صغير ان كان بطبرية لزمه نقد البلد وان كان ببلد وزنه وزن مكة فعليه وزن مكة وكذلك ان كان بغزة ولك أن تقول الجواب فيما اذا كان بطبرية لا يلائم الجواب فيما اذا كان بغزة لأنه اما أن يعتبر اللفظ أو عرف البلد ان اعتبرنا اللفظ فيجب الوزن بالطبرية وان اعتبرنا عرف البلد فيجب نقد البلد نقرة وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه اذا قال درهم أو درهم صغير لزمه درهم من الدراهم الطبرية لأنها أصغر من دراهم الاسلام وهي أصغر من البغلية على ما بينا في الزكاة فهي صغر الصغيرين باليقين فيؤخذ باليقين ولم يفرق بين بلدة وبلدة ويشبه أن يكون الاظهر من هذه الاختلافات ما تضمنه الكتاب ولانا لا نفرق بين أن يقول مال وبين أن يقول مال صغير وكذلك في الدراهم وهو ظاهر ما ذكره في المختصر ولو قال على درهم كبير فعلى قياس ما في الكتاب هو كما لو قال درهم ونقله الشيخ أبو حامد وهو أفقه وقال في التهذيب ان كان ببلد وزنه وزن مكة أو طبرية لزمه وزن مكة وان كان بغيره لزمه من نقد البلد وفيه الاشكال الذي ذكرناه (الرابعة) عرفت أن قدر الدراهم وجنسه ماذا أما من حيث العدد فاذا قال على دراهم يلزمه ثلاثة ولا يقبل تفسيره بأقل منها وكذلك لو قال على دراهم كثيرة أو عظيمة ويحتمل فيه الوجه المذكور في المال العظيم والكثير ولو قال على أقل اعداد الدراهم لزمه درهمان لأن العدد هو المعدود وكل معدود متعدد فيخرج عنه الواحد ولو قال على مائة درهم عدداً لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح قال في التهذيب ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دنانير وكذلك في المبيع ولا يقبل مائة من العدد ناقصة الوزن

متجانسان في صفتها الناجزة فلا ضرورة إلى تقدير تقريب الأجزاء وتصوير ما يكون حينئذ وإذا
 قبول السمس بالدهن فلا يمكننا جعل السمس مخالفاً للدهن مع اشتغال السمس على الدهن وإذا
 ارتفعت المخالفة جاءت المجانسة ولا شك أن مجانستها في الدهنية فنضطر إلى اعتبارها وإذا اعتبرناها
 كان كل بيع دهن وكسب بدهن هكذا قال الامام وألم الماوردي بشيء من ذلك أيضاً وفي النفس
 وقفة من قبول هذا الجواب وما الضرورة الداعية إلى تقدير لا يدل عليه دليل (واعلم) أن هذه المسألة
 كالجزوم بها في المذهب وقال رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة بعد أن قال ان بيع الدقيق بالحنطة
 لا يجوز قال وكذلك الزيت بالزيتون وحكي الكرايسى عن الشافعى أنه جائز وظاهر هذا الكلام
 أن منقول الكرايسى عائد إلى المسألتين جميعاً وأكثر الأصحاب إنما تلقوا حكاية الكرايسى في

الا أن يكون نقد البلد عدده ناقصة فظاهر المذهب القبول ولو قال على مائة عدد من الدراهم فهنا
 يعتبر العدد دون الوزن *

قال ﴿ ولو قال على من واحد إلى عشرة فالأصح أنه يلزمه تسعة وقيل ثمانية وقيل عشرة
 ولو قال درهم في عشر ولم يرد الحساب لم يلزمه إلا واحد ﴾ *

إحدى مسألتى الفصل إذا قال له على من درهم إلى عشرة ففيما يلزمه ثلاثة أوجه (أحدها)
 عشرة ويدخل الطرفان فيه كما يقال من فلان إلى فلان لا يرضى أحد بكذا (والثاني) تسعة لأن
 الملتزم زائد على الواحد والواحد مبدأ العدد والالتزام فيبعد إخراجهما عما يلزمه (والثالث) ثمانية ولا
 يدخل الطرفان كما لو قال بعثك من هذه الجدار إلى الجدار لا يدخل الجداران في البيع والأول أصح
 عند صاحب التهذيب وقال الشيخ أبو حامد والعراقيون الأصح الثاني ووافقهم صاحب الكتاب
 واحتج له الشيخ أبو حامد بأنه لو قال لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة تدخل النخلة الأولى
 في الاقرار دون الأخيرة وما ينبغي أن يكون الحكم في هذه الصورة كما ذكر بل هو كما لو قال بعثك
 من هذا الجدار إلى هذا الجدار (وقوله) في الكتاب ثمانية وعشرة معلان - بالحاء - لأن مذهب أبي
 حنيفة رحمه الله كالوجه الثاني وبه قل أحمد رحمه الله * ولو قال على ما بين درهم إلى عشرة فالشهور
 أنه يلزمه ثمانية توجيهاً بأن ما بمعنى الذي كأنه قال له العدد الذي يقع بين الواحد والعشرة وهو صريح
 في إخراج الطرفين وذكره ابن الحداد حكاية عن نصه ونقل في المفتاح عن نصه أنه يلزمه تسعة
 ووجه بأن الحد إذا كان من جنس المحدود يدخل فيه فيضم الدرهم العاشر إلى الثمانية وحكي أبو خلف
 السلمي عن القفال أنه يلزمه عشرة والمقصود بيان غاية ما عليه فحصل في المسألة ثلاثة أوجه كما في
 الصورة الأولى ولم يفرقوا بين أن يقول ما بين واحد إلى عشرة وبين أن يقول ما بين واحد وعشرة

الدقيق فان ثبت ذلك في الزيت مع الزيتون فهو جار في الشيرج مع السمسم وكل دهن مع أصله ووافقنا في هذه المسألة وهي الشيرج بالسمسم والزيت والزيتون مالك وكذلك أبو حنيفة قال الا أن يعين يقينا ان مافي الزيتون من الزيت أقل مما أعطى من الزيت قال ابن المنذر وقول الشافعي أصح وكذلك لا يجوز العنب بالعصير ولا بالخل والدبس أو الناطف وغيرها مما يتخذ منه قاله القاضي حسين قال ابن جزم وما وجدنا عن أحد قبل مالك المنع من بيع الزيتون بالزيت ثم اتبعه عليه الشافعي وان كان لم يصرح به وفرق بينه وبين الرطب والتمر فان التمر هو الرطب بعينه إلا أنه يابس وكذلك العنب والزيب بخلاف الزيت فانه شيء آخر غير الزيتون لكنه خارج منه خروج اللبن من الغنم والتمر من النخل وبيع كل ذلك بما خرج منه جائز بلا خلاف •

ور بما سوا بينهما ويجوز أن يفرق ويقطع بالثمانية في الصيغة الأخرى (الثانية) اذ قال على درهم في عشرة ان أراد الظرف لم يلزمه الا واحد وان أراد الحساب فعليه عشرة وان أراد المعية فعليه احد عشر درهماً وان أطلق لم يلزمه الا واحد أخذاً باليقين وفيما اذا قال أنت طالق واحدة في اثنتين في قول آخر أنه يحمل على الحساب وان أطلق لأنه أظهر في الاستعمال وذلك القول عائد ههنا وان لم يذكره ولفظ الكتاب يفتقر الى تأويل لانه حكم بأنه لا يلزمه الا واحد اذا لم يرد الحساب وله شرط وهو أنه لا يريد المعية •

قال (الخامس) اذا قال له عندي زيت في جرة أو سيف في غمد لا يكون مقراً بالظرف (ح) • ولو قل له عندي غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت لم يكن مقراً الا بالظرف • وعلى قياس ذلك قوله فرس في اصطبل • وحمار على ظهره اكاف • وعمامة في رأس عبد ونظائره • ولو قال له عندي خاتم وجاء به وفيه فص وقال ما أردت الفص فالظاهر انه لا يقبل • ولو قال جارية فجاء بها وهي حامل ففي استثناء الحمل وجهان •

الاضافة الى الظرف صور تبينها فصول هذا النوع والاصل المقرر فيها أن الاقرار بالمظروف لا يقتضي الاقرار بالظرف وبالعكس أيضاً وأصل هذا الأصل البناء على اليقين فاذا قال لفلان عندي زيت في جرة أو سيف في غمد لا يكون مقراً بالجرة والغمد وكذا لو قال ثوب في منديل أو تمر في جراب أو لبن في كوز أو طعام في سفينة لاحتمال أن يريد في جرة أو منديل لي وكذا لو قال غصبت زيتاً ثم رأيناه في جرة لا يكون مقراً الا بنصب الزيت ولو قال عندي غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر فهو اقرار بالظرف دون المظروف وعلى هذا القياس اذا قال فرس في اصطبل أو حمار على ظهره اكاف أو دابة عليها سرج أو زمام أو عبد على رأسه عمامة أو في وسطه منطقة أو في رجله خف فلا

(فرع) حب البان بالسيخة وهي (١) نقل ابن المنذر عن مالك أنه منع من ذلك ثم ترك ذلك وقال لا بأس بحب البان بالبان المطيب وقال أبو ثور لا بأس بالزيتون بالزيت والدهن بالسهم والعصير بالعنب واللبن بالسمن *

(فرع) بيع لب الجوز بالجوز جائز قاله القاضي حسين وأما دهن الجوز بدهن اللوز فينبني على أن الأدهان جنس أو أجناس وبيع الجوز بلب اللوز أو بدهن اللوز قل القاضي حسين الصحيح أنه لا يجوز بعد ما جزم أولاً بالجواز كما تقدم الساعة والخلاف الذي أشار إليه لا وجه له لأنها جنسان ولا اشتراك بينهما وهو كما قاله في بيع الرطب بنخل العنب والعنب بنخل الرطب وقد وقع البحث معه فيه ولا يجوز بيع الجوز بلبه قاله في التهذيب وهو ظاهر وحكم الجوز واللوز بما يتخذ منه حكم السهم بالشيرج ومن أمثلة المسألة بيع العنب بعصيره وخله ودبسه وغير ذلك مما يتخذ منه *

(١) بياض
بالاصل فحور

يكون مقراً إلا بالدابة والعبد وعند أبي حنيفة الإقرار بالظروف في الطرف يكون اقراراً بهما إذا كان مما يحرز في الطرف غالباً كالزيت في الجرة والتمر في الجراب دون الفرس في الاصطبل وقل صاحب التلخيص إذا قال عبد علي رأسه عمامة أو عليه قميص أو في رجله خف فهو اقرار بما مع العبد لأن العبد له يد على ملبوسه وما في يد العبد فهو في يد سيده فإذا أقر بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير بخلاف المنسوب إلى الفرس وعامة الأصحاب على أنه لا فرق بينهما وذكر الامام رحمه الله أنه قال ذلك في التلخيص وفي المفتاح أجاب بما يوافق قول الجمهور وهو وهم بل جوابه في المفتاح كجوابه في التلخيص ولو قال عندي دابة مسرجة أو دار مفروشة لم يكن مقراً بالسرج ولا الفرش بخلاف ما إذا قال سرجها وفرشها وبخلاف ما لو قال ثوب مطرز لأن الطراز جزء من الثوب ومنهم من قال إن ركب عليه بعد النسيج فهو على وجهين نذكرهما في أخوات المسألة ولو قال فص في خاتم فهو اقرار بالفص دون الخاتم ولو قل خاتم فيه نص ففي كونه مقراً بالنص وجهان (أصحهما) ما ذكره في التهذيب أنه ليس بمقرر لجواز أن يريد فيه نص لي فصار كالصورة السابقة (والثاني) أنه يكون مقراً بالنص لأن النص من الخاتم حتى لو باعه دخل فيه بخلاف تلك الصورة ولو اقتصر على قوله عندي خاتم ثم قال بعد ذلك ما أردت النص فقد ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين (أحدهما) أنه يقبل منه لأن اسم الخاتم يطلق مع نزع الفص (وأصحهما) الذي ينبغي أن يقطع به أنه لا يقبل لأن الفص متناول باسم الخاتم فهو رجوع عن بعض المقر به ولو قال حمل في بطن جارية لم يكن مقراً بالجارية وكذا لو قال نعل في حافر دابة وعروة على مقمة ولو قل جارية في بطنها حمل أو دابة في حافرها نعل ومقمة عليها عروة فوجهان كما في قوله خاتم فيه فص ويشبه أن يترتب الوجهان في مسألة الكتاب على الوجهين في صورة الحمل وهي ما إذا قال هذه الجارية لفلان وكانت حاملاً

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنمقد أجزاؤه لأنه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض كالأزيب بالزيب ﴾

﴿ الشرح ﴾ عصير الشيء وعصارته ما انحلت منه ويقال العصير للعنب المعصور تقول عصرت العنب أعصره فهو معصور وعصير واعتصرته استخرجت ما فيه وقيل عصرتة إذا وليت ذلك بنفسك واعتصرته إذا عصر لك خاصة حكى ذلك ابن سيده قال الأصحاب العصير يكون من العنب والسفرجل وعصير التفاح وقصب السكر وغير ذلك فإذا بيع بعضه ببعض فإن كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب جاز متماثلاً ومتفاضلاً مطبوخاً ونيئاً وكيف كان يداً بيد وكذلك رب التمر برب العنب وعصير الرمان بعصير السفرجل وعصير التفاح بعصير اللوز نص الشافعي والأصحاب على جميع ذلك وهو يدل على أن العصير أجناس وهو المشهور وبه جزم المحاملي ولما حكى الرافعي الوجه البعيد في أن الخلول والأدهان جنس واحد قال ويجرى مثله في عصير العنب مع عصير الرطب فعلى هذا لا يجوز التفاضل بينهما ولكن هذا الوجه ان ثبت فهو بعيد مردود وهذا إنما ذكره تجديد العهد بالنسبة إلى من قد يغفل عنه ومقصود المصنف رحمه الله تعالى في هذه المسائل كلها ليس إلا الجنس الواحد فإذا بيع العصير بالعصير من جنسه متماثلين كعصير العنب بعصير العنب وعصير التفاح بعصير التفاح وعصير السفرجل بعصير السفرجل وعصير الرمان بعصير الرمان وعصير الرطب بعصير الرطب وعصير قصب السكر بعصير قصب السكر وعصير سائر الثمار بجنسه (قلت) هذا ذكر جماعة من الأصحاب عصير الرطب وظنى أن الرطب لا عصيره والكلام في ذلك ان فرض وسيأتى تنبيهه في مسألة الخلول على ما وقع في كلام بعض

يتناول الاقرار الحمل فيه وجهان (أحدهما) نعم كما في البيع وبه أجاب القفال (وأظهرهما) لا وله ان يقول لم أرد الحمل بخلاف البيع لأن الاقرار اخبار عن سابق وز بما كانت الجارية له دون الحمل بان كان الحمل موصى به وسلم القفال أنه لو قال هذه الجارية لفلان إلا حملها يجوز بخلاف البيع (فان قلنا) الاقرار بالجارية يتناول الحمل ففيه الوجهان المذكوران في الصورة السابقة والا فيقطع بأنه لا يكون مقراً بالحمل كما إذا قال جارية في بطنها حمل ولو قال ثمرة على شجرة لم يكن مقراً بالشجرة ولو قال شجرة عليها ثمرة فليرتب ذلك على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الاقرار بالشجرة وهى لا تدخل بعد التأخير كما في البيع وفي فتاوى القفال أنها تدخل وهو بعيد وقبل التأخير وجهان (أظهرهما) وهو الذى أطلقه في التهذيب أنها لا تدخل أيضاً لأن الاسم لا يتناولها في البيع والبيع ينزل على المعتاد وذكر القفال وغيره لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق يدخل تحت الاقارير ومالا فلا قال القفال

الأختاب في خل الرطب مما يجب التنبيه عليه فان كانا مطبوخين أو أحدهما مطبوخاً فقد تقدم حكمه وأنه لا يجوز وإن كانا نيئين وهو مقصود المصنف جاز وبه جزم ابن القاص والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والقفال والامام لما ذكره المصنف ولأن كمال منفعتهم في تلك الحالة فانه يصلح لكل ما يراد منه من الدبس والرب وغيرها فكان كاللبن باللبن وحكى الرافعي وجهاً أنه لا يجوز وإن العصير ليس بحالة كمال والأصح عند الرافعي و^(١) الأول قال القاضي حسين في بيع العصير بالعصير يعني عصير العنب بعصير العنب كنت أقول قبل هذا إنه يجوز وفي الآن عندي أنه لالانها ما اتفقا في حال الكمال وكلام القاضي هذا يجري في جميع العصير لافرق بين عصير وعصير في ذلك وقد ذكر الروياني في عصير الرطب بعصير الرطب ولا ماء فيها وجهين (أحدهما) لا كالرطب بالرطب (والثاني) يجوز كاللبن باللبن وهكذا عصير الثمار من الرمان والتفاح وغيرها ومراوده ما يشمل عصير العنب وغيره وهو إشارة الى وجه القاضي حسين أو من وافقه والله أعلم •

(١) بياض
بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ قول الشافعي في الأم في باب المزبنة الذي قبل كتاب الصلح ولا يجوز بيع الجلجلان بالشبرق الى أجل ولا يداً بيد وفسر الاصحاب وأهل اللغة الجلجلان بالسسم وقال الجوهرى انه ثمرة الكزبرة وقال أبو الفوث هو السسم في قشره قبل أن يحصد وأما الشبرق فقال ابن فارس انه نبت وقال الجوهرى وهو رطب الضريع •

﴿ فرع ﴾ إذا بيع العصير بالعصير فالعصير في معياره الكيل جزم به الحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي والنووي •

﴿ فرع ﴾ قول المصنف رحمه الله إذا لم تنعقد أجزاءه يفهم أنه إذا حمى بالنار اللطيفة بحيث لا تنعقد أجزاءه يجوز بيع بعضه ببعض •

إلا الثمار المؤبرة وما ذكرنا من المسائل يقتضى أن يقال في الضبط مالا يتبع في البيع ولا يتناوله الاسم ففيه وجهان (وقوله) في الكتاب لا يكون مقراً بالظرف معلوم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة رحمه الله الاقرار بالمظروف في الظرف اقرار بهما إذا كان ذلك مما يحرز في الظرف غالباً كالتمر في الجراب والزيت في الجرة بخلاف الفرس في الاصطبل •

قال ﴿ ولو قال الف في هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الألف • فان كان الألف ناقصاً يلزمه الاتمام عند القفال • ولا يلزمه عند أبي زيد للحصر • ولو قال الألف الذي في الكيس لا يلزمه الاتمام • فان لم يكن فيه شيء فهل يلزمه الألف فوجهان ﴾ •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويجوز بيع الشيرج بالشيرج ومن أصحابنا من قل لا يجوز لأنه يخالطه الماء والملح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد والمذهب الأول لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير وأما الماء والملح فإنه يحصل في الكسب ولا ينصهر لأنه لو انصهر في الشيرج لبان عليه •

﴿ الشرح ﴾ الشيرج بكسر الشين. ^(١) والكسب (أما) حكم المسألة فهو كما ذكره المصنف والقائل من أصحابنا بأنه لا يجوز أبو اسحق ثروزي وأبو علي بن أبي هريرة قتله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ونهر المقدسي عن الأول والمحامي عن الثاني لما ذكره المصنف ورد لأصحاب عليه بما ذكره المصنف وبينوا ذلك بأن الماء لو كان باقياً فيه لرسب إلى قرار الظرف الذي يكون فيه الدهن ولا يصح بقاء الملح بين أجزاء الدهن وصرح القاضي أبو الطيب بأن الجواز هو المذهب المنصوص عليه وجزم به جماعة منهم صاحب التهذيب • ثم إن الخاف ابن أبي هريرة أو غيره خصص الخلاف في ذلك بالشيرج دون غيره من الأدهان لأنه رأى أن المعنى المذكور الذي عال به ليس في بقية الأدهان قل الإمام تخصيص هذا بالشيرج لأنه قال الشافعي رضي الله عنه في الأم ولا يجوز إلا نىء بنيء فان كان منه شيء لا ينصهر إلا مشوباً بغيره لم يجر أن يباع منه مثلاً بمثل لأنه لا يدري ما حظ الشوب من حظ الشيء البائع بعينه الذي لا يحل الفضل في بعضه على بعض والدحيح باتفاق لأصحاب الجواز ومن صححه نهر المقدسي •

(١) يياض
بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ قل الإمام لو اعتصر من اللحم موه وتبقى من اللحم مالا ينصهر بفعلنا فالكل جنس واحد وليس كالدهن والكسب فانا نعلم أن في السمسم دهناً وتناً في الخلقة واللحم كله في الخلقة شيء واحد •

إذا قل على الف في هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء أو لم يكن فيه شيء أصلاً لأن قوله على يقتضي لزوم ولا يكون مقراً بالكسب على ما عرفت وإن كان فيه دون الألف ففيه وجهان قال أبو زيد لا يلزمه إلا ذلك أنقدر لحصر المقربه وقل القفال يلزمه الاتمام كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف وهذا أقوى ولو قال على الألف الذي في هذا الكيس فان كان فيه دون الألف لم يلزمه إلا ذلك القدر لجمعه بين التعريف والإضافة إلى الكيس وعن أبي علي وجه آخر ضعفوه أنه يلزمه الاتمام ويمكن أن يخرج هذا على الخلاف في أن الإشارة تقدم أم اللفظ وإن لم يكن في الكيس شيء ففيه وجهان ويقال قولان بناء على ما إذا حذف ليشرب من ماء من هذا الكوز ولا ماء فيه هل تعتقد بعينه ويبحث أم لا •

(فرع) جعل القاضي حسين دهن السمسم مكبلاً لأنه يستخرج من أصل مكمل وتبعه على ذلك صاحب التهذيب وكذلك السمن وما تعرض له كلام الشافعي في مسألة السمن فإنه يقتضي فيهما خلاف ما قاله .

(فرع) بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز متفاضلاً ينبغي على أن الأدهان جنس أو أجناس قلله القاضي حسين وهو ظاهر لكنني أردت أنه على ذلك لأنه قد يتوهم أن الدهن اختص باسم الشيرج والله أعلم . وجزم في التهذيب في ذلك بالجواز لأنه لم يفرع إلا على أن الأدهان أجناس .

(فرع) لا يجوز بيع الشيرج بالكسب قلته ابن الصباغ في الشامل وسيأتي الفرق بينه وبين بيع السمن بالخبيض وقال البغوي في التهذيب يجوز بيع دهن السمسم بكسبه متفاضلين لأهمهما جنسان وكذلك قال الفوراني يجوز بيع الدهن بالكسب لأهمهما جنسان وكذلك الإمام فإن كسب السمسم يخالف جنس دهنه وفقاً كما يخالف الخبيض السمن وكذلك الروياني في البحر مع تعرضه للاختلاف فقال يجوز بيع الدهن بالكسب لأهمهما جنسان وقال بعض أصحابنا لا يجوز لأنها لا تفرد عن الدهن وإن قل فإن كان فيها دهن فلا يجوز وإن لم يبق فيها الدهن فبلى ما ذكرنا يجوز وابن الرفعة حكى عن ابن أبي هريرة وجهاً في منع بيع كسب السمسم بالشيرج وأنه لا يطرد في غيره من الأدهان مع كسبه واستبعده الأصحاب وقال صاحب التتمة لا يجوز بيع الجوز بالكسب ولا بالدهن وبيع الدهن بالكسب جائز .

قال (ولو قال له في هذا العبد الف درهم إن فسر بارش الجناية قبل . وإن فسر بكون العبد مرهوناً فالأظهر أنه يقبل . ولو قال وزن في شراء عشرة ألفاً وأنا اشتريت جميع الباقي بألف قبل ولا يلزمه إلا عشر العبد) .

إذا قال لفلان في هذا العبد الف درهم فهذا لفظ مجمل فيسأل عنه إن قال أردت أنه جني عليه أو على ماله جناية أرشها الف قبل وتعلق الألف برقبته وإن قل أنه رهن عنده بألف على فقيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقبل لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف ومحل الدين الذمة لا المرهون وإنما المرهون وثيقة له وعلى هذا إذا نازعه المقر له وأخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير وطالبناه للاقرار الجلي بتفسير صالح (وأظهرهما) القبول لأن الدين وإن كان في الذمة قلته تعاق ظاهر بالمرهون فصار كالتفسير بأرش الجناية ولو قال أنه وزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً وأنا اشتريت الباقي بألف أو بما دون الألف قبل لأنه محتمل ولا يلزمه بهذا الاقرار إلا عشر العبد وإن قال أردت أنه وزن في ثمنه ألفاً قبل

﴿ فرع ﴾ شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج أن لا يكون مغليا فلو أغلِيَ بالثَّار لم يجز بيعه بمثله ولا بالنَّي، وكذلك الزيت لا يباع منه المثلُ بمثله ولا بالنَّي، ويباع الزيت النَّي، بالشيرج المطبوخ يدًا بيد وصرح بذلك الصيمري •

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والنيلوفر كلها مستخرجة من السمسَم فاذا قلنا يجرى الربا فيها جاز بيع بعضها ببعض إذا ربي السمسَم فيها ثم استخرج دهنه وان استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه لم يجز •

﴿ فرع ﴾ لا يجوز بيع طحين السمسَم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الأدهان بطحينها وعبر الفوراني عن ذلك بعبارة أبين فقال السمسَم المدقوق بالسمسَم المدقوق لا يجوز كالدقيق بالدقيق فهذا والله أعلم مرادهم بطحين السمسَم وليس المراد الطحينة وان كان ذلك أيضاً لا يجوز كبيع الدقيق بالدقيق قاله الرافعي وهي قبل ذلك في حالة كونها حبوباً كالقوات •

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع كسب السمسَم بكسب السمسَم وزناً إن لم يكن فيه خايط فان كان فيه خلط لم يجز قاله البغوي والرافعي (قلت) أما إذا كان جافاً فظاهر وأما إذا كان رطباً فان كان مافيه من الدهن مانعاً من التماثل لم يجز وان كان غير مانع من التماثل يجوز وأما كون المقياس فيه الوزن فيعكره علي ما أصلوه من أن ما استخرج من مكيل فهو مكيل إلا أن يقال ان ذلك لا يمكن كبله وأنه يتجافى في المكيل * ﴿ فرع ﴾ ويجوز بيع العصير بنخل الخمر لانها يتساوى وانما اختلفا من حيث الحموضة والحلاوة فلا يمنع البيع كالتمر الطيب بالتمر غير الطيب قاله ابن الصباغ وخالف القاضي حسين فجزم بالمنع وقد وقع في نسخة من نسخ المذهب هذه المسألة ولم تثبت في أكثرها وكتب في النسخة التي هي فيها أنها زيادة ﴿ فائدة ﴾ الملح مؤثثة تصغيرها مليحة قاله يعقوب بن السكيت في كتابه ونقلته منه •

له هل وزنت شيئاً فان قال لا فالعبد كله للمقر له وان قال نعم سئل عن كيفية الشراء أكان دفعة واحدة أم لا فان قال دفعة واحدة سئل عن قدر ما وزن فان قال وزنت ألفاً أيضاً فالعبد بينهما وان قال وزنت ألفين فثلثا العبد له والثلث للمقر له وعلى هذا القياس ولا نظر إلى قيمته خلافاً لما لاك رحمه الله حيث قال لو كان يساوي ألفين وقد زعم أنه وزن ألفين والمقر له ألفاً يكون العبد بينهما بالسوية ولا يقبل قوله أني وزنت ألفين في ثلثه وقد يعبر عن مذهبه بأن المقر له من العبد ما يساوي ألفاً وان قال اشتريناه دفعتين ووزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً وأنا اشتريت تسعة اعشاره بالف قبل لانه يحتمل ولو قال أردت به أنه أوصى له بألف من ثمنه قبل البيع ودفع له ألف من ثمنه وليس له دفع الألف من ماله وان فسرنا به دفع اليه الألف ليشتري له العبد ففعل فان صدقه المقر له فالعبد له وان

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويجوز بيع خل الخمر بنخل الخمر لانه يدخر على جهة فحز بيع بعضه ببعض كالزبيب والزبيب ولا يجوز بيع خل الخمر بنخل الزبيب لان في خل الزبيب ماء وذات يمنع من تماثل الخليين ولا يجوز بيع خل الزبيب بنخل الزبيب ولا بيع خل التمر بنخل التمر لاننا ان قلنا ان الماء فيه ربا لم يجوز الجاهل تماثل المائين والجاهل تماثل الخليين وان قلنا لا ربا في الماء لم يجوز للجاهل تماثل الخليين وان باع خل الزبيب بنخل التمر فان قلنا ان في الماء ربا لم يجوز للجاهل تماثل الماء فيهما وان قلنا لا ربا في الماء جاز لانهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب والله أعلم ﴾ •

(الشرح) الكلام في الخلول يشتمل على مسائل ذكر العنف منها خمس مسائل وتقدم عليها أموراً (أحدها) أن الخلول أجناس على المشهور وحكي الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه كان يخرج قولاً أنها جنس واحد وامتنع سائر الأصحاب من تخرج بهج هذا القول وقد تقدم عن الشيخ أبي حامد أنه غلط القائل بذلك والمشهور انقطع بأنها أجناس والتفريع في هذه المسائل على هذا وأما إذا فرغنا على أنها جنس واحد فلا حاجة إلى تعداد المسائل بل كل خابن فيها أو في أحدهما ماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن لم يكن في شيء منهما ماء جاز مثلاً ولا يجوز متفاضلاً والعنف والأصحاب إنما فرغوا على المشهور (الأمر الثاني) أن الخل يتخذ من الغنب والزبيب والتمر فهو ثلاثة فإذا أخذت كل صنف مع مثله ومع قسيمه كانت الصور ستاً خل الغنب بخل الغنب وخل الزبيب بخل الزبيب وخل الغنب بخل التمر وخل الزبيب بخل الزبيب وخل التمر بخل التمر وخل الغنب بخل الغنب فصار الخلول أربعة والدور الحاصلة وترك خل الغنب بخل التمر وزاد الرفاعي في الخلول خل الرطب فصارت الخلول أربعة والدور الحاصلة

كذبہ فقد رد اقراره بالعبد وعليه رد الالف الذي أخذہ وان قل اردت أنه أقرضه ألفاً فصرفته الى
ثمنه قبل ولزمه الالف وتوجيه الخلاف انذ كور فيما اذا فسرہ بالرهن يقتضى جوده ههنا ولو قال له
على من هذا العبد الف درهم فهو كما لو قل في هذا العبد ولو قل من ثمن هذا العبد الف درهم
فكذلك ذكره في التهذيب ولو قل على درهم في دينار فهو كما لو قال الف في هذا العبد فان
أراد النفي معه ازماه *

قال ﴿ ولو قال له في هذا المال ألف أو في ميراث أبي ألف أزمه ولو قال له في ملى ألف أو في ميراثي من أبي ألف لم يأزمه للتناقض ﴾ •

قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر لو قل له في ميراث أبي ألف درهم كان اقراراً منه على أبيه بدین ولو قال له في ميراثي من أبي ألف درهم كانت هبة الا أن يريد اقراراً وما الفرق

من تركيبها عشرة الست المذكورة وأربع من خل الرطب بنخل الرطب وبنخل العنب والزبيب والتمر
ولست الخلول منحصرة بل يتخذ النخل أيضاً من التعب كما ذكره الشافعي ومن الجيز ومن البسر
ومن غير ذلك فتأتي الصور أضعاف هذه وطريقك في عدها وترتيبها أن تأخذ كل واحد مع نفسه
ومع مابعدده ولكن لا يتعلق بها غرض والمقصود حاصل من معرفة الحكم في خل العنب والزبيب
والتمر ونسبة الرطب إلى التمر كنسبة لزبيب إلى العنب لكن الرطب قد يتخذ خلا بغير ماء فيختلف
حكمه كما ستعرفه ونسبة الجيز إلى كل منهما كنسبة العنب إلى التمر فلا حاجة إلى تكثير الصور
ونشرح ما ذكره خاصة والنخل في الامة كل ما حض من عذير العنب وغيره قله ابن سيده (الامر
الثالث) أن التمر والرطب جنس واحد والعنب والزبيب جنس واحد وان الماء هل يجري فيه الربا
فيه وجهان (المسألة الأولى) بيع خل الخمر بنخل الخمر جائز اتفاقاً قال الشافعي في المختصر ولا بأس
بنخل العنب مثلاً بمثل ومن نص على أنه لا خلاف فيه الشيخ أبو حامد وحزم به القاضي أبو الطيب
والحاملي والماوردي من العراقيين والشيخ أبو محمد والرافعي وغيرهم لأنه لا ماء فيه وليس له غاية يديس
يقع فيها التفاوت وقيد الفوراني وابن داود وغيرهما ذلك بأن لا يكون في واحد منهما ماء وذلك صحيح
لا بد منه وإنما سكت أكثر الأصحاب عنه لأن الغالب في خل العنب أنه لا ماء فيه وقد يعتمد في
بعض الاوقات ليسرعه تخلله فلذلك التقييد حسن والاطلاق محمول على الغالب قال الأصحاب والعنب
حالتان (لادخاراً) أحدهما أن يصير زيباً (والاخرى) أن يصير خلا (المسألة الثانية) بيع خل الخمر
بنخل الزبيب لا يجوز كذلك قال المصنف والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي والماوردي وذلك

قيل انه في الصورة الثانية أضاف الميراث الى نفسه وما يكون له لا يصير لغيره بالاقرار فكان كما لو قال
داري أو مالي لفلان وفي الاول لم يصف الميراث الى نفسه فكان مقراً بتعلق الالف بالتركة وهذا
ما أشار اليه صاحب الكتاب بقوله للتناقض ولك أن تمنع التناقض بين اضافة الميراث الى نفسه
وبين تعلق دين للغير به فان تركة كل مديون مملوكة لورثته على الصحيح والدين يتعلق بها وقال
الاكثر من الفرق أنه اذا قال في ميراث أبي فقد أثبت حق المقر له في التركة وذلك لا يمتثل الا شيئاً
واجباً فان التبرعات التي لا تنضم ترتفع بالموت ولا تتعلق بالتركة واذا قل في ميراثي من أبي فقد
أضاف التركة إلى نفسه ثم جعل المقر به شيئاً منها وأضافه اليه وذلك قد يكون بطريق لازم وقد يكون
بطريق التبرع واذا فسر بالتبرع قبل واعتبر فيه شرطه وعن صاحب التقریب الاشارة إلى التسوية
بين الصورتين كأنه قل وخرج فان كان كذلك جاز إعلام قوله في الكتاب أو في ميراث أبي
- بالواو - والمذهب المشهور الفرق بمثله ولو قال له في هذه الدار نصفها فهو إقرار وان قال له في داري

واضح لان الزبيب من جنس العنب والزبيب ماء فكانه باع عنباً بعنب وماء ذلك لا يجوز لا تنفاه التماثل ومع ذلك لا يحتاج الى التعليل بقاعدة مدعجوة (المسألة الثالثة) بيع خل الخمر بنخل التمر ولم يذكره المصنف وليس هو مثل بيع خل الخمر بنخل الزبيب لان التمر والعنب جنسان مختلفان وقد نص الشافعي رضي الله عنه في الام والاصحاب على جوازه قال الشافعي في باب بيع الأجل ولا بأس بنخل العنب بنخل التمر وخل القصب لان أصوله مختلفة فلا بأس بالفضل في بعضه ببعض ومن جزم بالجواز فيه الشيخ أبو حامد والجماملي والشيخ أبو محمد والرافعي فان خل العنب لاماء فيه وخل التمر وان كان فيه ماء فهو جنس آخر وقد علمت أن التفريع على أن الخلول أجناس ونقل العبدري عن مالك أن خل العنب وخل التمر جنس واحد كالقول الغريب عندنا فكانه باع عنباً بتمر وماء وهو جائز وسيأتي في خل الزبيب بنخل التمر طريقة عن البغوي أنه يتخرج على الجمع بين مختلفي الحكم وقياسه أن يأتي ههنا وسأتكلم عليها إن شاء الله تعالى (المسألة الرابعة والخامسة) بيع خل الزبيب بنخل الزبيب وخل التمر بنخل التمر لا يجوز قال الشافعي في المختصر وأما خل الزبيب فلا خير في بيعه ببعض مثلاً بمثل من قبل أن الماء يقل فيه ويكثر وهذا تنبيه على العلة الثانية التي ذكرها المصنف ومن صرح بحكم المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد حكماً وتعليلاً والقاضي أبو الطيب والماوردي والشيخ أبو محمد والقاضي حسين والرافعي ولا خلاف في ذلك أيضاً سواء قلنا الماء ربوي أولاً لان الجنس متحد والمائلة فيه مجهولة وكذلك خل الرطب بنخل الرطب لانه لا يصح الا بالماء وليس كخل العنب بنخل العنب ومن صرح بذلك الماوردي وهي المسألة السادسة لكن

نصفها فهو وعد هبة حكاها الشيخ أبو علي عن النص أيضاً واشتهر عن نصه أنه لو قال له في مالي ألف درهم كان اقراراً ولو قال من مالي كان وعد هبة لا اقراراً وهذا الموضع البحث فيه من وجهين (أحدهما) أن هذا النص في قوله في مالي يخالف ما نقلناه في قوله في ميراثي وفي داري فما حال هذه النصوص (والثاني) أنه لم فرق بين في ومن وهل المذهب الظاهر مانص عليه أم الأول فلا أصحاب طريقتين فيما إذا قال في مالي ألف درهم منهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه وعد هبة لاضافة المال إلى نفسه (والثاني) أنه اقرار لأن قوله له يقتضي الملك وبوعده هبة لا يحصل الملك ومنهم من قطع بأنه وعد هبة وحمل ما روى عن النص الأخير على خطأ النساخ وربما تأوله على ما إذا أتى بصيغة التزام فقال على في مالي ألف درهم فانه يكون اقراراً على ما سيأتي وإذا أثبتنا الخلاف فعن الشيخ أبي علي أنه يطرد فيما إذا قال في داري نصفها وامتنع من طرده فيما إذا قال في ميراثي من أبي وعن صاحب التقريب وغيره أنه يلزمه تخريجه فيه بطريق الأولى لان قوله في ميراثي من أبي أولى بأن يحمل

الشيخ أبا محمد في السلسلة جزم بالجواز في خل الرطب بنخل الرطب وكذلك الرافعي والقاضي حسين وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا لم يكن فيه ماء فليس هذا اختلافا بل كان خل الرطب بغير ماء وإن أمكن كما قال أبو محمد وصار كحل العنب وإن كان فيه ماء فالأمر كما قال الرافعي والماوردي (المسألة السابعة والثامنة) خل الزبيب بنخل التمر جزم الصيمري بجوازه والمشهور ما ذكره المصنف حكما وبناء ومن ذكره كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي وابن الصباغ من العراقيين والشيخ أبو محمد والقاضي حسين وعلاء الحاملي بما علم به المصنف وعلاء الشيخ أبو حامد بأنه بيع ماء وشيء بماء وشيء (فإن قلت) تعليل الشيخ أبي حامد ظاهر وأما تعليل المصنف بالجهل بماتل الماءين فإنه يوهم أن الماءين لو كانا معلومين التساوي صح وأيس كذلك فإن التفريع على أن الماء ربوي فلا يجوز لفائدة مدعجوة فلو علل بما علل به الشيخ أبو حامد كان أولى على أن هذا السؤال وارد عليهما في المسألة الرابعة والخامسة وهذا السؤال الملقب في علم النظر بعدم التأثير وهو أن يوجد الحكم بدون الوصف المدعى علة (قلت) بل ما فعله المصنف أولى لأن الجهل بالماتلة هي العلة لمعتبرة في البطلان لجمع عليها وقاعدة مدعجوة إنما بطلت عند من يقول بها لا (١) كما تقدم بيانه (فأما) أن يقول بذلك فلا يرد السؤال (وأما) أن يعترف بوروده فجوابه أن التأثير إنما يلزم في قياس العلة أما في قياس الدلالة فلا كما ذلك مقرر في علم النظر وقياس الدلالة الذي لا يدعي فيه أن الحكم ثبت بذلك الوصف وإنما يدعي أن ذلك الوصف دليل على الحكم لكن كلام المصنف هنا ظاهر في القليل فالأولى دفع السؤال بما نهت عليه أولا أو نقول أن ذلك سؤال العكس وهو وجود مثل الحكم بعلة

(١) يياض
بالأصل فخر

اقراراً من قوله في مالي أو في داري لأن التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها فيحسن إضافة الميراث إلى نفسه مع الاقرار بالدين بخلاف المال والدار (وأما) الثاني فمنهم من قال لا فرق ولم يثبت هذا النص أو أوله ومنهم من فرق بأن في تقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له وقوله من مالي يقتضي الفصل والتبعيض وهو ظاهر في الوعد بأنه يقطع شيئاً من ماله فاذا فرقنا بينهم ألزمه مثله في الميراث والدار لا محالة والظاهر أنه لا فرق بينهم ما وان الحكم في قوله في مالي كما ذكرنا أولاً في ميراثي واستبعد الإمام رحمه الله أن يخرج الخلاف فيما إذا قال له في داري نصفها لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه لم ينتظم الاقرار ببعضه كما لا ينتظم منه الاقرار بكلمه بأن يقول داري لفلان وتخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه كقوله في مالي ألف درهم أو في داري ألف ولا يخفى عليك مما ذكرنا حاجة قوله في الكتاب لم يلزمه التناقض إلى الاعلام - بالواو - وحيث قلنا في هذه الصورة إنه وعد هبة لا اقرار فذلك فيما لم يذكر كلمة الترام فأما إذا ذكر بأن يقول على ألف درهم في هذا المال أو في مالي أو في

أخرى وذلك غير قادح ويمنع أنه من باب عدم التأثير والله أعلم * وهذه الطريقة التي سلكها المصنف من البناء هي الصحيحة من المذهب قال الشيخ أبو حامد وقد قيل شيء عن هذا وليس بشيء قال يعني ذلك القائل وقول الشافعي ههنا فإذا اختلف الجنس فلا بأس يقتضى أن لا ربا في الماء لأنه لم يفصل والا فليس أن يكون فيه الربا لأنه مطعوم * وقول المصنف رحمه الله تعالى وإن قلنا لا ربا في الماء جاز إلى آخره هكذا صرح به الجمهور واقتضاه كلام الرافعي قال النووي وقيل فيه القولان في الجمع بين مختلفي الحكم لأن الخلين يشترط فيهما التقابض في المجلس بخلاف المائين ومن ذكر هذا الطريق البغوي في كتابه التعليق في شرح مختصر المزني وهذا الطريق هو الصواب ولعل الأصحاب اقتصروا على أصح القولين وهو أنه يجوز جمع مختلفي الحكم والله أعلم * هذا كلام البغوي (قلت) وقد تقدم نص الشافعي على جواز خل العنب بنخل التمر وفيه الماء وهو يعضد جزم الجمهور بالجواز هنا لأنه لا فرق بين أن يكون الماء في الطرفين في أحدهما فاما أن يكون ذلك تقريرا على الصحيح في الجمع بين مختلفي الحكم كما قل النووي واما أن يقل أن الخلاف يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي (المسألة التاسعة) خل الرطب بنخل التمر لا يجوز لأن فيهما ماء يمنع التأكل هكذا علاه الماوردي ولا نخفاء به وذكر الرافعي مسألة خل العنب وخل الرطب بنخل التمر وحكم بعدم الجواز فيها وعلل بأن في أحدهما ماء ومراده بذلك خل العنب بنخل الزبيب وأهل تعليل الثانية فرما يطالعه من لا خبرة له فيظن أن ذلك عائد إليهما وإن خل الرطب لاماء فيه وليس ذلك مراده لأنه لو كان كذلك لجاز خل الرطب بنخل الرطب إلا أن يلاحظ ما قاله الشيخ أبو محمد وبالجمله فالاحكام التي ذكرها الرافعي

ميراث أبي أو في ميراثي أو داري أو عبدي أو في هذا العبد فهو إقرار بكل حال ولو قال له في ميراثي عن أبي أو في مالي كذا بحق لزمني أو بحق ثابت وما أشبهه فهو كما لو قال على فيكون إقراراً بكل حال ذكره ابن القاص (واعلم) أن قضية قولنا إن قوله على في هذا المال أو في هذا العبد ألف درهم قرار له بالألف وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً وربما يخطر ذلك الخلاف المذكور فيما إذا قال لفلان على ألف في هذا الكيس وكان فيه دون الألف إلا أن ظرفية العبد للدراهم ليست كظرفية الكيس لها فيمكن أن يختلف في الحكم لكن لو قال في هذا العبد ألف درهم من غير كلمة على وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه فلم يبلغ ثمنه ألفاً فلا ينبغي أن يجب عليه تمة الألف بحال *

قال (السادس) إذا قال له على درهم درهم درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لاحتمال التكرار * ولو قال درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لامتناع التكرار * ولو قال درهم مع درهم أو درهم تحت درهم أو فوق درهم لا يلزمه إلا واحد تقديره مع درهم لي بخلاف نظيره من الطلاق * ولو قال

إنما تم إذا فرض خل الرطب فيه ماء والتي ذكرها الشيخ أبو محمد على أنه فيه ماء فليعلم ذلك
(المسألة العاشرة) خل الرطب بخل العنب قال القاضي حين لا خلاف أنه يجوز متساويهما يجرى مجوز متفاضلا
أولا ينبغي على أن الخلول جنس أو أجناس وفيه قولان (قلت) قوله أنه يجوز متساويا محمول على
أن خل الرطب لأماء فيه أو أنه لم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم والمنع من التفاضل خلاف النص
في خل العنب بخل التمر فإن الشافعي رضي الله عنه نص على جواز التفاضل فيه رقل الفوراني له ثلاثة
أحوال (أحدها) أن لا يكون في واحد منهما ماء فيصح (الثانية) إذا كان في أحدهما ماء فيصح
أيضاً (الثالثة) إذا كان فيهما ماء فلي وحين بناء على أنه هل في الماء ربا أم لا (انقلنا) فيه ربا لا يصح
(قلت) وهذا التفصيل حين ولم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم وما ذكرته من البحث مع الفوراني
في التخرج على الجمع بين مختلفي الحكم رأيت أنه بعد ذلك مرموزاً إليه في كلام الامام قل في آخر
الكلام في الخلول وفي الماء وكونه غير مقصود اشكال سنشرحه في باب الألبان ومن ذكر
خل الرطب بخل الرطب لا يجوز الروايي لكنه بعد ذلك قال وإن لم يكن فيهما ماء يجوز
(المسألة الحادية عشرة) خل الرطب بخل ازيب يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي والبعوي قل الرافعي
يجوز لأن الماء في أحد الطرفين والمائلة بين الخليلين غير معتبرة تفرعاً على الصحيح في أنهما جنسان
(قلت) والصحيح خلافه بقياس كلام البعوي والنودي أن تأتي تلك الطريقة أيضاً هنا والله أعلم
فاما الشيخ أبو محمد فإنه يلاحظ أنه لأماء في خل الرطب كما تقدم فلا يتجه عنده ^(١) أن يكون
ذلك عنده كخل التمر بخل العنب حتى يأتي في البحث السابق في الجمع بين مختلفي الحكم إن شاء الله

(١) بياض
بالأصل فخر

درهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان إذ التقدم والتأخر لا يمتثل إلا في الوجوب • ولو قل درهم
ودرهم وقل أردت بلثالث تكرار الثاني قبل • ولو قل أردت بالثالث تكرار الأول لم يقبل
لتخالف الفاضل • وكذا في قوله طالق وطالق وطالق • فإذا أطلق في الطلاق قولان (أحدهما) يلزمه
ثلاثة أصورة النظم (والثاني) ثمان لجري العادة في التكرار • والأظهر في الإقرار أنه يلزمه عند الإطلاق
ثلاثة لأنه أبعد عن قبول التأكيد اعتياداً • ولو قل على درهم فدرهم يلزمه درهم واحد • ولو قل
أنت طالق فطالق يقع طلقتان • وتقدر الإقرار فدرهم لازم • وقيل بتخريج فيه من الطلاق ولو قل
درهم بل درهمان فدرهمان • ولو قل درهم بل ديناران فدرهم ديناران • إذ إعادة الدرهم في
الدينار غير ممكن •

في الفصل صورته ذكرها مع ما يناسبها وإن احتجنا إلى تقديم وتأخير فعملناه (الأولى) لو قال له على
درهم درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لا احتمال لإرادة التأكيد بالتكرار وكذا لو كرر عشرًا فصاعدًا

عينين مستقلةين حتى يكون ذلك كالعقدين فترتب على كل منهما مقتضاه وكذلك يقول الاصحاب جمع بين عقدين مختلفي الحكم انما الخلل الذي فيه الماء فهو كعين واحدة ولو افردنا ما فيه من الماء بحكم وما فيه من الخلل بحكم لزمه بطلان العقد لان كلا منهما مجهول وفي سائر صور الجمع بين مختلفي الحكم يوزع الثمن عليهما ويعطى كل واحد حكمه وديننا لا يمكن القول بان بعض الثمن في مقابلة الماء وحده وبعضه في مقابلة الخلل بل كل جزء من الثمن مقابل بكل جزء من مجموع الخلل المركب من الماء وغيره ويؤول ذلك انه لو اشترى ربو يا رأى بعضه ولم ير بعضه فيه طريقان (احدهما) التقطع بالبطلان (والثاني) فيه قولنا بيع الغائب ولم يخرجوه على قولي الجمع بين مختلفي الحكم قول الشيخ ابو محمد في السلسلة لا يحتل تخريج التواين في هذه المسألة لان المشتري اذا رأى بعض الثوب ولم ير بعضه فحكم ما رأى أن العقد فيه (١) الخيار فيه ثابت فريما يختار فسخ المبيع فيما لم يرد اجازته فيما رأى فيحتاج إلى قطع الثوب وفي ذلك اتلاف لما ليس من ماله والله أعلم وقد تقدم بحث في خلل الثمر بخل الزبيب وخلل العنب عند الكلام في بيع المشوب بالمشوب فليطالع هناك وكذلك في الدراهم المغشوشة إن شاء الله تعالى وفي تباين أبي علي الطاهري رافة قضى حسين انه إذا لدا لاربا في الماء قواين في ذلك (أصحهما) الجواز لانهما ليس اقرباين في الجمع بين مختلفي الحكم بل هما القولان المشهور والغريب في أن الخلل جنس أو أجناس رادف وأكثر الأصحاب إنما تكلموا في ذلك تفريعا على المعروف أن الخلل أجناس رضا بط هذا الباب ان كل خاين اما أن يكون فيهما الماء أولا يكون فيهما او يكون في احدهما ذن كان فيهما الماء ذن كانا جنسا واحدا لم يجز قطعا كخل الزبيب بخل الزبيب وان كانا

(١) بياض
بالاصل فحرر

ولو قل درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لاقتضاء العطف للغايرة ولو قل درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأول والثاني درهمان وأما الثالث فإن أراد به درهما آخر لزمه وان قل أردت به تكرار الثاني قبل ولا يلزمه الا درهمان وان قل أردت به تكرار الأول فوجهان ذكرهما في النهاية (وأظهرهما) وهو المذكور في الكتاب أنه لا يقبل ويلزمه ثلاثة لأن التكرار إنما يؤكد به اذا لم يتخلل بينهما فاصل وهذا الحكم فيما اذا قال أنت طالق رطابق رطابق في الطلاق قولان ينظر في أحدهما الى صورة اللفظ وفي الثاني الى احتمال التكرار وجريان العادة وسيعود ذكرهما في الطلاق وفي الاقرار طريقان (قول) ابن خيران انه على قواين في الطلاق (وتطعم) الاكثر من بانه يلزمه ثلاثة وبقوا بأن دخول التأكيذ في الطلاق أكثر منه في الاقرار لأنه لا يتصدق به بالخوف والتهديد ولأنه يؤكد بالمصدر فيقال هي طالق طلاقا والاقرار بخلافه وعلى هذا لو كرر عشر مرات أو أكثر لزمه من الدراهم بعدد ما كرر ولو قال على درهم ثم درهم ثم درهم فهو كما لو قل درهم ودرهم ودرهم ولو

جنسين كخل التمر بنخل الزبيب لم يجز على الأصح وان لم يكن فيهما ماء وهما من جنس واحد جاز قطعاً مثلاً بمنى يد بيد كخل العنب بنخل العنب وان كانا جنسين جاز متفاضلين قطعاً يد بيد كخل الرطب بنخل العنب وان كان في أحدهما فان كانا في جنس واحد لم يجز كخل العنب بنخل الزبيب وان كانا جنسين جاز متماثلاً ومتفاضلاً بشرط التقابض كخل العنب بنخل التمر على المشهور خلافاً لطريقة البهوي وكل مسائل هذا الفصل مجزوم بها على المشهور إلا إذا كانا من جنسين وفيهما الماء كخل التمر بنخل الزبيب والله أعلم * وليس في المسائل العشرة مسألة جائزة قطعاً في الجنس الواحد إلا خلع العنب بنخل العنب ولا في الجنس - ين إلا خلع الرطب بنخل العنب وبقية ذلك اما متمتع قطعاً في الجنس الواحد اذا كان فيه ماء، واما مختلف فيه في الجنس - ين اذا كان فيهما أو في أحدهما ماء وان شئت اخصته فقات كل خاين لاماء في واحد منهما فيجوز بيع أحدهما متماثلاً في الجنس ومتفاضلاً في الجنسين وكل خاين فيهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر قطعاً ان اتحد الجنس وعلى الأصح ان اختلف وكل خاين في أحدهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ان اتحد الجنس قطعاً ويجوز ان اختلف على المذهب وكلها يشترط فيها التقابض في المجلس والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ المعيار في الخلل الكيل قاله القاضي حسين والرافعي وغيرها وعلاه القاضي حسين بانه يستخرج من أصل مكيل ﴿ تنبيه ﴾ جميع ما تقدم في الخلل التي فيها ما تفرع على الصحيح المشهور أن الماء المحرز في الاناء مملوك وهذا الذي قطع به الماوردي ولنا وجه مذكور في باب احياء الموات أنه لا يملك وان أخذ في اناء وقد صرح الأصحاب بان الماء على ذلك الوجه لا يجوز منعه فعلى

قال درهم ودرهم ثم درهم لزمه ثلاثة لا محالة (الثانية) اذا قل على درهم مع درهم أو معه درهم أو فوق درهم أو فوقه درهم أو تحت درهم أو تحت درهم فرواية الزنى في المختصر انه لا يلزمه الا درهم واحد لجوازن يريد مع درهم لي أو فوق درهم لي وايضا فقد يريد فوقه الجوده وتحت الرداءة وهذه الرواية اخذ أكثر الأصحاب وهي التي اوردها في الكتاب ووراء هذا مذهبنا للأصحاب (أحدهما) انه يلزمه درهمان واختلف القائلون به فمن ناسبه الى النص في رواية الربيع ومن قائل انه مخرج واختلف هؤلاء فقيل هو مخرج من الطلاق فانه لو قال انت طالق طلقه مع طلاقه أو فوق طلاقه تقع طلقتان وقيل هو مخرج مما لو قال علي درهم قبل درهم فانه يلزمه درهمان ومن قل بالاول فانه اعتذر عن قوله قبل درهم وأما الطلاق فالنرق أن لفظه العريج موقع فاذا أنشأه عمل عمله والاقرار اخبار عن سابق فاذا كان فيه اجمال روجع حتى يبين أنه بم الخبر (والمذهب الثاني) قل الدار كي ان قل درهم معه درهم أو فوقه درهم لزمه درهمان لرجوع الكناية الى الاول الذي التزمه ولو قال درهم على درهم أو على درهم فهو كما لو قال

هذا كيف يرد البيع على الخل وهو مركب من مملوك وغير مملوك والذي يتجه تفريعا على هذا الوجه امتناع بيع الخل الذي فيه الماء لأنه لا يمكن أن يرد العقد على الجميع لعدم الملك ولا على المملوك منه ويكون الماء مباحا لعدم تميزه والعلم به ولكن لما كان هذا الوجه ضعيفا في النقل لم يفرعوا عليه *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه في الأم بعد ذكر الخلول وبيع بعضها ببعض والنبذ الذي لا يسكر مثل الخل *

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع خل العنب بعصيره لأنه لا ينقص إذا صار خلا فهما متساويان في حال الادخار قاله ابن الصباغ والرويانى وخالف في ذلك القاضي حسين فجزم بالمنع وحكام الرويانى وجهه ان ينبغي أن يكون على ^(١) القاضي حسين في أن يبيع العصير بالعصير لا يجوز فيكون أحدهما على حاله والآخر ليس على حالة الادخار عنده وقد عالج صاحب البحر الوجه المذكور بذلك وذكر الامام عن شيخه الوجهين في عصير العنب وخله (أحدهما) أنه جنس ولكن حالت صفة العصير فكان كاللبن الحليب مع العارض (والثاني) أنهما جنسان وهو الظاهر عندى لافراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود والى لا يكون مأكولا فلا يكون ربويا فاذا كان تحول الصفات يؤثر هذا التأثير جاز أن يؤثر في اختلاف الاجناس (قلت) وهذا ليس بجيد وقد بحثت معه في ذلك في مسألة بيع الرطب بالتمر وبينت أن العصير والخل جنس واحد وقد تابع الامام في ذلك القاضي في الدخائر ويوافقه الوجه الذي حكاه المتولى أنه يجوز بيع الخل بالدبس وأنه لا تعتبر المماثلة بينهما وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام على بيع المطبوخ بالنيء *

(١) يياض
بالاصل فحرر

فوقه درهم أو فوق درهم ولو قال على درهم قبل درهم فرواية لازني وبها أجاب الا كثرون انه يازمه درهمان بخلاف الصورة السابقة والفرق ان الفوقية والتحتية يرجعان الى المكان ويتوقف بهما نفس الدرهم فلا بد من امر يرجع اليه التقديم والتأخير وليس ذلك الا الوجوب عليه وفيه قول آخر انه لا يازمه الا درهم منهم من حكاه نصا عن رواية الربيع ومنهم من خرج من الصورة السابقة وسوى بينهما جميعا فجعلهما على قولين ولمن قال به ان يقول القبلية والبعدية كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها ثم هب أنهما زمانيان وان نفس الدرهم لا يتوقف بهما الا كن يجوز رجوعهما الى غير الواجب بان يريد درهما مضموبا قبل درهم وما أشبهه ثم هب أنهما راجعان الى الواجب الا كن يجوز أن يريد لزيد درهم وجب له قبله وجوب درهم لعمرو وفي المسألة وجه آخر عن ابن خيران وغيره انه ان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه درهمان وان قال قبل درهم وبعده درهم لم يازمه الا درهم واحد لاحتمال

﴿ فرع ﴾ لا يجوز خل التمر بالتمر ولا خل عنب بعنب نص عليه في البويطى وقال ولا كل شيء بشيء يخرج من أصله وكذلك قال ابن الصباغ لا يجوز بيع العنب بنخله ولا بعصيره قال القاضى حسين وكذلك بيع الرطب بما يتخذ منه من الخل والعصير والدبس والشيرج والناطف وغيره. لا يجوز •

﴿ فرع ﴾ بيع الرطب بنخل العنب أو بعصير العنب أو بيع العنب بنخل الرطب أو بدبس الرطب قال القاضى حسين الصحيح أنه يجوز (قلت) وما أشار اليه من الخلاف بعيد جداً ولا يمكن أن يكون هو القائل بأن الخلول جنس واحد فان ذاك لا اشتراكها في الاسم والرطب وخل العنب لا اشتراك بينهما ولا أحدهما مستخرج من الآخر فينبغى القطع بالجواز وكذلك في العنب بنخل الرطب الا أن يكون فيه ماء •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة لأن اللبن يدخل في البيع ويقابله قسط من الثمن والدليل عليه أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصرة صاعاً من تمر ولأن اللبن فى الضرع كاللبن فى الأما والدليل عليه قوله ﷺ لا يخلبن أحدكم شاة غيره بغير اذنه يحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتحل ما فيها فجعل اللبن كاللؤلؤ فى الخزانة فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن •

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور الذى فيه أن النبي ﷺ جعل فى مقابلة لبن المصرة صاعاً من تمر لم أجده بهذا اللفظ صريحاً ولكنه يشير به الحديث المشهور الذى سند كره ان شاء الله

ان يريد قبل ازوم درهم او بعد درهم كان لازماً (وقوله) فى الكتاب لا يلزم الا واحد يجوز اعلامه مع - الواو - بالحاء والالف - اما الحاء فلان عند أبى حنيفة رحمه الله يلزم درهمان فيما اذا قال فوق درهم واما الالف فلان عند احمد يازمه فى جميع الصور درهمان (الثالثة) اذا قال له على او عندى درهم فدرهم ان أراد العطف ازمه درهمان والا فالنص أنه لا يازمه الا درهم ونص فيما اذا قال انت طالق فطالق انه يقع طلقان فنقل ابن خيران الجواب من كل واحدة الى الاخرى وجعلها على قولين (أحدهما) يلزمه ودرهمان يقع طلقان لأن الفاء حرف عطف كالواو وتم (والثاني) لا يلزمه الا واحد ولا يتع إلا طاعة لأن الفاء قد تستعمل لغير العطف فيؤخذ باليقين وذهب الأكثرون الى تقرير النصين وفرقوا وجهين (أحدهما) أنه يحتمل فى الاقرار أن يريد فدرهم لازم أو فدرهم أجود والاقرار اخبار والانشاء أقوى وأسرع نفوذاً ولهذا لو أقر اليوم بدرهم وغداً بدرهم لا يلزمه الا درهم ولو تلفظ بالطلاق فى اليومين وقعت طلقتان وهذا أظهر فى المذهب لكن لان خيران ان يمنع الفرق الأول ويقول يجوز أن يريد فطالق مهبورة

تعالى في باب بيع المصرة وهو متفق عليه وله الفاظ ورد بها أقربها الى المعنى الذى ذكره المصنف هنا قوله **عليه السلام** « فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وهو يفيد مقصود المصنف فان قوله في حلبتها ظاهر في مقابلة اللبن والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخارى وغيره من حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي **عليه السلام** قال « لا يحلبن أحد ماشية امرئ الا باذنه يحب أحدكم أن يؤتى مشربته فيكسر خزانة فينثل طعامه فانما يخزن لهم ضرع مواشيهم لطعامهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه » وقوله ينثل أى يستخرج وهو - بياض مثناة من تحت مضمومة ثم نون ساكنة ثم تاء مثناة من فوق ثم ثاء مثناة مفتوحة - يقال ثل مافى كنانته اذا صلبها ونثرها وقد ثلت البئر ثلا وانتثلتها اذا استخرجت ترابها وروى ينقل بالالف بدل التاء المثلثة أى يذهب وينقل عن الضرع والرواية الأولى أكثر وأشهر وهى التى فسرناها أهل الغريب والمشرية بضم الراء وفتحتها الغرفة وجمعها مشارب وقول المصنف شاة أحدكم أن لفظ الشاة فى شىء من الروايات وحكم المسألة نص عليه الشافعى رضى الله عنه قال فى المختصر والام ولا خير فى شاة فيها لبن يقدر على حلبه بلبن من قبل أن فى الشاة لبناً لأدري كم حصنه من الثمن الذى اشتريته به قدراً وان كان نسيئة فهو أفسد للبيع وقد جعل رسول الله **ﷺ** للبن التصرية بدلاً وانما اللبن فى الضرع كالجوز واللوز المبيع فى قشره يستخرجه صاحبه اذا شاء وليس كلولد لا يقدر على استخراج هذا لفظ المختصر وقال فى الام ولا بأس بلبن شاة يدأ بيد ونسيئة اذا كان أحدهما قدراً والدين منهما موصوف فى

أولاً تراجع ويجوز أن يريد فطالق حرملك وما أشبهه (وأما) الثانى فانه يناقض الفرق المذكور فى مسألة درهم ودرهم وطالق وطالق (وقوله) فى الكتاب يلزمه درهم واحد معلوم - بالحاء والألف - لان عندهما يارمه درهمان (وقوله) يقع طاقتان يجوز اعلامه - بالواو - لانه لم يذكر طريقة التثنية والتخريج بتمامها حتى يستغنى عن الاعلام وانما ذكر التخريج من الطلاق فى الاقرار ورأيت فى بعض الشروح ان ابن أبى هريرة حكى قولاً منصوصاً لشافعى رضى الله عنه انه يارمه درهمان ويتأيد هذا القول بما اذا قل درهم ودرهم فانه يارمه درهمان ولا يمتنع فيه مثل التقديرات المذكورة فى الفاء ولو قل على درهم فقفيز حنطة فلا يلزمه الا درهم أو يارمته جميعاً فيه هذا الخلاف وذكر أبو العباس الرويانى فى الجرجانيات ان قياس ما ذكرنا فى الطلاق أنه اذا قل بعثك بدرهم فدرهم يكون بانعاً بدرهين لانه انشاء (الرابعة) قل على درهم بل درهم لم يلزمه الا درهم لجواز أن يقصد الاستدراك فيتذكر انه حاجة اليه فيعيد الاول ولو قل درهم لابل درهم اولاً درهم فكذلك ولو قل درهم لابل درهمان أو فقفيز حنطة لابل فقيزان لم يلزمه الا درهمان وقفيزان لان بل للاستدراك ولا يمكن ان يكون المقصود

الذمة وصرح في مواضع من الأم بجواز ذلك نقداً ونسيئاً ثم قال فان قال قائل كيف اخترت لبن الشاة بالشاة وقدمها اللبن فيقال إن الشاة نفسها لا ربا فيها إنما تؤكل بعد الذبح أو السليخ أو الطبخ أو التجفيف فلا تنسب الغنم إلى أن تكون مأكولة إنما تنسب إلى أنها حيوان وقد اتفق الأصحاب على هذين الحكمين وأن بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن شاة باطل كما قرره الشافعي رضي الله عنه من أن اللبن الذي في الضرع يقابله قسط من الثمن قل القاضي أبو الطيب قولاً واحداً وإن كان في الحمل قولان بدليل خبر المصراة ولولا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله كما لو اشترى نخلة فثمرت في يده أو شاة فحملت وولدت ثم ردها ولأن ما في الضرع مثل ما في الخزانة بدليل الحديث الذي ذكره المصنف وهذا الذي ذكرناه من أن اللبن يقابله قسط من الثمن هو المنصوص المشهور الذي قطع به الأصحاب ههنا وسيأتي في باب المصراة ذكر وجه فيه والكلام عليه هناك ومع هذا فلا خلاف في امتناع بيع الشاة اللبن باللبن والله أعلم • قال الأصحاب فوجب أنه لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن أصلاً لأن اللبن مجهول كما لو ضم إلى الشاة لبناً مغطى فالجواب أنه إن لم يجز البيع هناك لأن كلا من الشاة واللبن المضموم إليها مقصود بالبيع واللبن في الضرع تابع وإن كان له قسط من الثمن بدليل دخوله إذا أطلق البيع في الشاة ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره ولذلك صح بيعه كأساس الحائط ورؤس الجدوع وطى البئر ونحو ذلك ولا يلزم من جعله تابعاً في انتفاه الغرر أن يكون تابعاً في انتفاء الربا كالثمرة قبل بدو الصلاح إذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع

ههنا نفي المذكور أولاً لاشتغال الدرهمين على الدرهم والقفيزين على القفيز وإنما المقصود نفي الاقتصار على الواحد وأثبت الزيادة عليه وهذا يشكل بما إذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين فإنه يقع الثلاثة ولا أدري لم لم يتصرفوا فيهما ههنا تصرفهم فيما سبق من المسائل ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا أرسل ذكر المأقر به أما إذا قال له عندي هذا القفيز بل هذان القفيزان لزمه الثلاث لأن القفيز المعين لا يدخل في القفيزين المعينين وكذلك لو اختلف جنس الأول والثاني مع الإرسال بأن قال على درهم بل دينار أو قفيز حنطة بل قفيزا شعير لزمه الدرهم والديناران أو قفيز الحنطة وقفيزا الشعير لأن الأول غير داخل في الثاني فهو راجع عن الأول مثبت الثاني والرجوع لا يقبل وما أقر به ثانياً يلزمه ولو قال درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة يلزمه الدرهمان والعشرة لأن الرجوع عن الأكثر لا يقبل ولا يدخل الأقل فيه ولو قال دينار بل ديناران بل ثلاثة يلزمه ثلاثة ولو قال دينار بل ديناران بل قفيز بل قفيزان لزمه ديناران وقفيزان ولو قال دينار وديناران بل قفيز وقفيزان فثلاثة دينار وثلاثة أقفرة وقس على ما ذكرناه ما شئت •

جاز ولو باع نخلة مشمرة يتم لم يصح - كان ربا فتبعت في انتفاء الغرر ولم تتبع في انتفاء الربا قال
القاضي حسين ولأن اللبن مما يجري فيه الربا وإن كان متصلا بالحيوان ولا يشبه الحمل لأن الحمل
لا يمكن استخراجها متى شاء والفرق بين اللبن والحمل على أحد القولين القائل بأنه ليس له قسط من
التمن أن اللبن مقدور على تناوله بخلاف الحمل فاشبه الجوز واللوز في قشره وجوز أبو حنيفة رضي الله
عنه بيع الشاة ذات اللبن باللبن قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي وهكذا الحكم إذا ذبحت
هذه الشاة التي فيها لبن ثم بيعت بلبن وهو أفسد لأنه يبيع لحم ولبن بابن ولو باع الشاة التي في
ضرعها لبن بابن ابل ونحوه من غير لبن الغنم (فان قلنا) ان الألبان صنف واحد لم يجوز (وان قلنا)
أصناف جاز قل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم فلي هذا الصحيح الجواز لأن
الصحيح أنها أجناس ولم يذكر الصيمري في شرح الكفاية غيره ولذلك احتراز المصنف في قوله
بلبن الشاة فإنه إذا باع الشاة التي في ضرعها لبن من غير جنسها وقلنا ان الألبان أجناس قال الحاملي
فيكون بمنزلة أن يبيع طعاما ربويا بشعير فيصح البيع يبنى على الأصح في الجمع بين مختلفي
الحكم وكذلك قل الراعي فيه قولنا الجمع بين مختلفي الحكم وهو في ذلك تابع للقاضي
حسين وصاحب التهذيب فان ما يقابل اللبن من اللبن يشترط فيه التقابض وما يقابله
من الحيوان لا يشترط فيه التقابض (قلت) وفي التحريم نظر ^(١) في بيع خل التمر
بخل الزبيب وفي بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببيض لأنه يتمتع افراد كل واحد بحكمه اذ
لبن الذي في الضرع لا يمكن تسليمه وحده فلو نزل العقد عليه منزلة عقد مسنقل لاقتضى البطلان

(١) بياض
بالاصل فحرر

قال في السابع اذا قال يوم السبت على ألف وقال ذلك يوم الأحد لم يلزمه الا ألف واحد •
الا أن يضيف الى سببين مختلفين • فلو أضاف أحدهما الى سبب وأطلق الآخر نزل المطلق على
المضاف • وكذلك لو قامت الحجة على اقرارين بتاريخين جمع بينهما • وكذلك اذا كان بلغتين
أحدهما بالعجمية والآخرى بالعربية • وكذلك لو شهد على كل واحد شاهد واحد فالأصح أنه يجمع
نظراً الى الخبر عنه • وفي الأفعال لا يجمع أصلاً •

القول الجلي في الفصل أن تكرير الاقرار لا يقتضي تعدد المقر به لأن الاقرار إخبار ألا ترى أنه
يحتمل فيه الإبهام ولو كان انشاء لما احتتمل وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد الخبر عنه فيجمع إلا إذا عرض
ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد فحينئذ يحكم بالمغايرة وفيه مسألتان (إحداهما) إذا أقر لزيد يوم
السبت بألف وأقر له يوم الأحد بألف لم يلزمه إلا ألف واحد سواء اتفق الاقراران في مجلس واحد
أو مجلسين وسواء كتب به صكا وأشهد عليه شهوداً على التعاقب أو كتب صكاً بألف وأشهد عليه ثم

والله أعلم • ولا أجل ذلك والله أعلم أطلق الماوردي القول بانا إذا قلنا الالبان أجناس صح العقد (والحكم الثاني) إذا باع شاة غير ذات لبن قال الشيخ أبو حامد بان لا تكون ولدت قط جاز البيع اتفق عليه الأصحاب أيضاً تبعاً للشافعي رضي الله عنه تقدراً ونسيئة والتفرق قبل القبض قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ونص الشافعي رضي الله عنه في حرمة في التي لها لبن قد حلب ولم يستخلف بعد شيء منه فباعها بلبن شاة يجوز وهذا لأنه لم يكن هناك لبن يجتمع والقليل الذي ينزل لا تأثير له واتفق الأصحاب أيضاً على هذا الحكم ومن جزم به القاضي حسين والبخوي والرافعي وصرح الامام بالعجوة في اللبون إذا لم يكن في ضرعها لبن وقت البيع أو كان نزرّاً لا يقصد حلب مثله لقلته قال فان مثله ليس مقصوداً والحيوان مخالف لجنس اللبن فليلتحق ببيع الخيض بالزبد مع النظر الى الرغبة وشبهه بعضهم بالدار الذي ذهب واستهلك الذهب إذا بيعت بدار مثلاً أو بالذهب يجوز قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي فان ذبحت هذه الشاة وساخت وبيعت باللبن صح البيع لأنه لحم لا شيء معه بلبن ويشترط التقابض ونقله القاضي أبو الطيب عن نصه في الصرف وقد أغرب الجيلي فحكى فيما نقله ابن الرفعة عنه وجهاً أنه يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن وهذا غريب جداً شاذ لا معمول عليه قال ابن الرفعة ويمكن أن يكون مأخذه ما حكاه الغزالي في المصراة أن اللبن في الضرع لا يقابله قسط من الثمن على رأى •

(فرع) كما لا يجوز بيع الشاة التي فيها لبن بلبن كذلك لا يجوز بالزبد ولا بالسمن ولا بالمصل ولا بالآقط كما لا يجوز اللبن بشيء من ذلك صرح به الماوردي •

كتب صكاً بألف وأشهد عليه وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كتب صكين وأشهد عليهما وفيما إذا أقر في مجلسين ومن أصحابه من لا يفرق بين المجلسين ولو أقر في أحد اليومين بالألف وفي الآخر بخمسمائة دخل الأقل في الأكثر ولو أقر مرة بالعمرة وأخرى بالعجمية لم يلزمه إلا واحد ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات • وإذا لم يمكن الجمع كما إذا أقر في يوم السبت بألف من ثمن عبد ويوم الأحد بألف من ثمن جارية أو قال مرة صحاح ومرة مكسرة لزمه الألفان ولم يجمع وكذا لو قال قبضت منه يوم السبت عشرة ثم قال قبضت منه يوم الأحد عشرة أو طلقها يوم السبت طاعة ثم قال طلقها يوم الأحد طاعة ولو قال يوم السبت طلقها طاعة ثم أقر يوم الأحد بطلقتين لم يلزمه إلا طلقتان ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب أو وصف الدرام بصفة وأطاق الاقرار الآخر نزل المطلق على المضاف لامكانه (وقوله) في الكتاب وكذا لو قامت الحجة على الاقرارين بتارين جمع بينهما كان الغرض منه الإشارة إلى تكرير الشهادات والصك لا تأثير له والا فالحجة على الاقرارين لا توجب

(فرع) قال محمد بن عبد الرحمن الحضرمي في كتاب الاكمال كما وقع في التنبيه من الاشكال والاجمال قال الشافعي رحمه الله ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز بخلاف شاة في ضربها لبن بلبن شاة والفرق بينهما ان لبن الشاة في الشرع له حكم العين فلهذا لا يجوز عقد الاجارة عليه ولبن الآدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولهذا يجوزنا عقد الاجارة عليه (قلت) وهذا النقل غريب والتعليل حسن وفيه نظر وقد تقدم حكاية خلاف في أن لبن الآدمية هل يكون من جنس الالبان (إذا قلنا) بان الالبان جنس واحد أم لا ولا يرد ذلك هنا لان الكلام هناك اذا كان منفصلاً فإنه يثبت له حكم الاعيان وهنا الالبان في الثدي هو الذي ادعي انه ليس له حكم العين بل حكم المنفعة فلذلك قال يصح لانه لم يضم الى الجارية عيناً أخرى ولم أجد هذا الفرع الا في هذا الكتاب فلا ادري هل الفرق من كلامه أو من كلام الشافعي ويعضده المذهب المشهور في أن الجارية المصراة لا يرد معها بدل اللبن وفيه وجه أنه يرد فعلى قياس ذلك الوجه قد يقال ينبغي أن يقال هنا بامتناعها بلبن آدمي لانه سلك به مسلك العين وان باعها بلبن شاة أو بقرة فعلى المذهب المشهور وما نقله الحضرمي عن النص يكون الجواز من طريق الأولى وعلى الوجه الذي حكيناه في التصريية ينبغي أن يتخرج على أن الالبان أجناس أولاً (فان جعلناها) أجناساً جاز (وان جعلناها) جنساً فيتخرج على خلاف تقدم في أن لبن الآدمي من جملتها أم لا (فان قلنا) لا جاز (وان قلنا) من جنسها فقياس ذلك الوجه للنوع (وأما) التمسك بجواز الاجارة عليه في كونه يسلك به مسلك المنافع ففيه وفي تسويغ الاجارة عليه في باب الاجارة فالاستدلال بالحكم الثابت في التصريية أولى والله أعلم *

تعدد المقر به (المسألة الثانية) لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب تلك الدار وآخر يوم الأحد لنفقا بين الشهادتين وأثبتنا الألف والغصب لان الاقرار لا يوجب حقاً بنفسه انما هو اخبار عن ثابت فينظر إلى الخبر عنه وإلى اتفاقهما على الاخبار عنه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بألف بالعربية والآخر على اقراره بالعجمية ولو شهد شاهد أنه طلق يوم السبت وآخر أنه طلقها يوم الأحد لم تثبت شهادتهما لأنها لم يتفقا على شيء واحد وليس هو اخبار حتى ينظر الى المقصود والخبر عنه وعن صاحب التقريب ان من الأصحاب من جعل الاقرارين والطلاقين على قولين بالنقل والتخريج قال الامام رحمه الله (أما) التخريج من الطلاق في الاقرار فهو قريب في المعنى وان بعد في النقل لان الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد بل شهد هذا على اقرار وشهد ذاك على اقرار آخر والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة زيادة التوثق والاستظهار واذا شهد كل واحد على شيء لم يحصل هذا المقصود فاتجه أن لا يحكم بقولهما (وأما) التخريج من الاقرار في الطلاق فبعيد نقلاً ومعنى لان من

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ فان باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان قال أبو الطيب بن سلمة يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وان كان في كل واحد منهما شيرج وكما يجوز بيع دار بدار وان كان في كل واحدة منهما بئر ماء وقال أكثر أصحابنا لا يجوز لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجوز كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم لأنه لا يحصل إلا بطحن وعصر واللبن موجود في الضرع من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة وأما الدار فان قلنا ان الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع احدى الدارين بالأخرى ﴾

﴿ الشرح ﴾ الوجهان مشهوران حكاهما كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهم ونسب الشيخ أبو حامد الثاني إلى عامة أصحابنا منهم أبو العباس وأبو اسحق وكذلك القاضي أبو الطيب نسبة إلى أصحابنا وقال نصر انه المذهب وقال المحاملي انه ظاهر المذهب وجزم به في الباب وأصح الوجهين الثاني وبه جزم ابن أبي هريرة لما ذكره المصنف ولأنه يشبه بيع شاة معها لبن في اناء بشاة معها لبن في اناء ووافق أبو الطيب بن سلمة على امتناع بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن فلذلك شبه المسألة التي خالف فيها بالسمسم بالسمسم وتلك المسألة كالسمسم بالشيرج وفرق الشيخ أبو حامد بين هذا وبين السمسم بالسمسم بفرقين (أحدهما) ما ذكره المصنف وغيره من

طلق اليوم ثم طلق غداً والمرأة رجعية فزعم أنه أراد طلقة واحدة لم يقبل منه فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم وشهادة آخر على طلاق الغد حتي لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت او بالعربية والثاني على أنه قذف يوم الاحد او بالعجمية لم يثبت بشهادتهما شيء أو شهد أحدهما على إقراره بانه يوم السبت قذف او بالعربية قذفه والثاني على إقراره بانه يوم الاحد قذفه أو بالعجمية قذفه فلا تليق أيضاً لأن المقر به شيان مختلفان وقد قطع به الشيخ أبو محمد ولو شهد شاهد بالف من ثمن مبيع وآخر بالف من قرض أو شهد أحدهما بالف استقرضه يوم السبت وآخر بالف استقرضه يوم الاحد لم تثبت شهادتهما لكن للمدعى أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوي عليه ويحلف مع الذي شهد له وله أن يدعيهما ويحلف مع كل واحد من الشاهدين وإن كانت الشهاداتتان على الإقرار شهد أحدهما أنه أقر بالف من ثمن مبيع وشهد الثاني على إقراره بالف من قرض ففي ثبوت الالف وجهان (الظاهر) انه لا يثبت أيضاً وربما بنو الوجهين على الوجهين فيما اذا ادعى عليه الف من ثمن مبيع فقال المدعى عليه لك على ألف ولكن من قرض هل يحل للمدعى أخذ الألف لاتفاقهما عليه ولاختلافهما في

الأصحاب (والثاني) هذه وهو أن السهم إذا بيع بالسهم فالمقصود منه الشيرج فاما التفيل الذي يكون فيه فليس بمقصود وقد وجدت المأثلة بينهما كيلا فيصح البيع ولم يمنع التفيل كالتبر بالتمر إذا كان فيهما نوى حيث لم يكن مقصوداً بخلاف الشاة بالبن فان الشاة مقصودة والبن له قسط من الثمن ولو باع شاة لبونا بشاة لبون وهما مستفرغتا الضرع جاز قل القاضي حسين فلذلك قال المصنف في ضرعها لبن احترازاً عن هذا وافهم كلام المصنف أنا إذا قلنا ان الماء لا يملك أو قلنا بأنه يملك ولكنه ليس بربوي لا يحتاج الى الفرق ويسقط التمسك به (وان قلنا) بأنه مملوك ربوي منعنا الحكم فلا يصح القياس عليه وبيان ذلك انه ان قلنا لا يملك صح بيع الدار بالدار ولم يتناول البيع الماء فانه غير مملوك على هذا القول واذا تخطى رجل إلى البئر واستقى منها ملكه ولا يجب عليه رده مع عصيانه في دخوله الدار بغير اذن (وان قلنا) يملك وهو غير ربوي صح البيع وتناوله (وان قلنا) ربوي امتنع البيع فعلى كل التقدير احتجاج أبي الطيب بن سلمة بذلك ساقط ومنع بيع احدى الدارين المذكورتين بالأخرى على القول بأن الماء مملوك ربوي قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ لكن ابن الصباغ قال في الباب الذي بعد هذا المترجم عنه بباب الحائط يباع أصله ان ماء البئر لا يدخل في مطلق بيع الدار على الوجهين لانه في أحدهما غير مملوك وفي الأخرى بماء ظاهر ولا يدخل في البيع الا بالشرط كالطلع المؤبر (قلت) ومتى باعه وحده لم يصح على الوجهين كما قاله ابن الصباغ أيضاً في باب بيع الثمار وبأنه لا يملك في أحدهما وفي الآخر يكون مجهولاً فيها ولا يمكن تسليمه

الجهة (ان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الأخذ بما ثبت الألف والا ثبت ولو ادعى الفأ فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن الفأ والثاني على أنه ضمن خمسمائة ففي ثبوت خمسمائة قولان عن ابن سريج وهذا قريب من التخريج المذكور في الانشاءات أو هو هو ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعى استوفى الدين والآخر على أنه أبرأه فلا يلفق على المذهب ولو شهد الثاني على أنه برى إليه منه قال أبو عاصم العبادي يلفق لأن اضافة البراءة الى المديون عبارة عن ايفائه وقيل بخلافه •

(فرع) أورده في هذا الموضع ادعى رجل ألفين وشهد له شاهد بألفين وآخر بألف ثبت الألف وله أن يحلف مع الذي شهد بالألفين ويأخذ الكل وكذا الحكم لو كانت الشهادتان على الاقرار وقال أبو حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الألف وسلم أنه لو شهد أحدهما بثلاثين والآخر بعشرين العشرون كالألف والألفين وفيه وجه لان لفظ الثلاثين لا يشتمل على العشرين ولفظ الألفين يشتمل على الألف وربما سمع أحد الشاهدين بالألف وغفل عن الآخر ولو ادعى الفأ فشهد له شاهد بألف والآخر بألفين فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يستشهد ففي مصيره بذلك مجروحاً وجهان

لانه الى أن يسلمه يختلط به غيره ومتى باع واشترط دخوله صح بلا خلاف لان الاختلاط ههنا لا يضر لان الجميع ملك المشتري قال ابن الرفعة صرح بحكاية ذلك الامام وقال القاضي حسين ان كان في موضع لاقيمة للماء فيه يجوز وان كان في موضع للماء فيه قيمة ولم يسميا في العقد أيضاً يجوز وان سمي في العقد فانه لا يجوز ويصير كمسألة مد عجرة وبني القاضي حسين ذلك على أصل قدمه في بيع الدار التي فيها البئر مطلقاً فصل فيه بين أن يكون للماء قيمة في ذلك المكان أولاً فقال إن كان مما لاقيمة له يدخل في العقد وقيل لا يدخل إلا بالتسمية كسائر المنقولات التي تكون في البيت وحكى عن القاضي وجهاً آخر أنه يندرج كالثمار التي لم تؤبر (واذا قلنا) بأنه غير مملوك اختص به المشتري كما كان يختص به البائع وجزم الروياني في الحلية بان الماء الظاهر عند البيع لا يدخل يعني عند الاطلاق وكذا المعدن الظاهر كالنفط ونحوه وما ينبع بعده كان للمشتري والذي قاله الرافعي ان الأصح الصحة تبعاً وعلى هذا يشكل الفرق فان تبعية الماء للدار كتبعية اللبن لاشاة والظاهر عند الامام أيضاً الصحة وعلة بان الماء الكائن في البئر ليس مقصوداً ولا يرتبط به قصد (وقوله) الكائن في البئر احتراز جيد فان ماء البئر من حيث الجملة مقصود في الدار ولكن لا غرض في ذلك للقدر الكائن وقت العقد ومع قول الامام ان هذا هو الظاهر فان الثاني هو القياس وانه لا ينقذ للجواز وجه في القياس لكن عليه العمل ومعمده سقوط القصد الى الماء الحاصل ثم أورد الامام سؤالاً وانفصل عنه أما السؤال فان خل التمر إذا بيع بنخل الزبيب وقلنا ان الماء ربوى امتنع البيع والماء ليس مقصوداً في الخل كما أنه ليس مقصوداً في مسألة الدار وانفصل عنه بان

ان لم يصير مجروحاً فشهادته في الزيادة مردودة وفي المدعى قولاً تبويض الشهادة وقطع بعضهم بثبوت الالف وخص الخلاف بالتبويض بما اذا اشتملت الشهادة على ما يقتضى الرد كما اذا شهد لنفسه ولغيره فأما اذا زاد على المدعى فقوله في الزيادة ليس بشهادة بل هو كما لو أتى بلفظ الشهادة في غير مجلس الحكم (وان قلنا) انه يصير مجروحاً فقد ذكر في التهذيب أنه يحلف مع شاهد الالف ويأخذه قال الامام رحمه الله تعالى انه على هذا الوجه بما يصير مجروحاً في الزيادة فاما الالف المدعى فلا جرح في الشهادة عليه لكن اذا ردت الشهادة في الزائد كانت الشهادة في المدعى على قولي التبويض فان لم نبعضها فلواعاد الشهادة بالالف قبلت لموافقها الدعوى وهل يحتاج الى إعادة الدعوى قال فيه وجهان (أظهرهما) المنع ونحتم الباب بخاتمتين (احدهما) في فروع لا ثقة بالباب (منها) لو اقر بجميع ما في يده أو ينسب اليه صح فلو تنازعا في شيء انه هل كان في يده يومئذ فالقول قول المقر وعلى المقر له البينة ولو قال ليس لي مما في يدك الالف صح وعمل

الماء يستعمل على صفة الخل حتى كأنه انقلب خلا فلم يخرج مقدار الماء عن كونه مقصوداً وإن كان لا يقصد ماء وهذا لا يتحقق في البئر ومائها * وقد يقال كل من الشاة ولبنها مقصود بخلاف الماء الحاصل وقت العقد في البئر فإنه غير مقصود وقد تقدم في مسألة مد عجوة الكلام في شيء من ذلك وقال الماوردي إن قلنا لا ربا في الماء جازاً مطلقاً وإن قلنا فيه ربا فإن كان الماء محرراً في الأحباب فهو مملوك قطعاً ولا يجوز البيع حينئذ خوف التفاضل وإن كان في الآبار فبعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون ملكاً للمالك البئر فعلى هذا يمتنع إلا أن يكون مباحاً فيجوز لأن الماء المالح غير مشروب ولا ربا فيه وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه أن ماء البئر لا يملك إلا بالأخذ والاجارة وكذلك ماء العين والنهر وإنما يكون للملك البئر منع غيره من التصرف في بئر أو نهره لأن من اشترى داراً ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم ولو كان مملوكاً لزمه غرمه كما يغرم لبن الضرع ولأن مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها بدار ذات بئر فيها (قلت) وهذا الذي قاله فيه نظر فإن الذي صححوه في أحياء الموات أنه يملك ماء البئر والله أعلم * وقال ابن الرفعة بعد حكايته كلام القاضي في بيع الدار التي فيها البئر هذا لاشك فيه بناء على أصله في أن الماء لا يدخل في إطلاق العقد أما إذا قلنا يدخل كما هو وجه بعيد فهو تابع وهل يعامل معاملة المقصود أم لا فهو محل الخلاف الذي ذكره الغزالي للامام فيما نظمه والله أعلم * نعم لك أن تقول الجزم بضعة العقد مع عدم دخول مافي البئر من الماء نظر لا يمكن أخذه إلا

بمقتضاه ولو قال لاحق لي في شيء مما في يد فلان ثم الدعي شيئاً منه وقال لم أعلم كونه في يده يوم الإقرار صدق بيمينه ولو قال لفلان على درهم أو دينار لزمه أحدهما وطولب بالتعيين وعن رواية الشيخ أبي علي وجه ضعيف أنه لا يلزمه شيء ولو قال على ألف أو على زيد أو على عمرو لم يلزمه شيء وكذا لو قال على سبيل الإقرار أنت طلق أولاً فإن ذكره في معرض الإنشاء طلقته كما لو قال أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك ولو قل على ألف درهم والافلان على ألف دينار لزمه وهذا للتأكيد والإقرار للطلق يلزمه ويؤاخذ به المقر على المذهب المشهور وخرج فيه وجه أنه لا يلزمه حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم لأن الأصل براءة الذمة والإقرار ليس موجباً في نفسه وأسباب الوجوب مختلف فيها فربما ظن ما ليس بموجب موجباً وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل وكما لو أقر بان فلانا وارثه لا يقبل حتى يبين جهة الورثة ولو قال وهبت منك كذا أو خرجت منه إليك لم يكن مقراً بالقبض لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة وعن القفال أنه مقر بالقبض لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالقبض بعد العقد المفروغ عنه ولو أقر الآن بعين مال لابنه فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع

مختلطاً بملك المشتري فكما لم يصح بيع الحجة بمفردها حذراً من الاختلاط بملك البائع ينبغي أن لا يصح إذا بيعت الحجة للبائع حذراً من الاختلاط بملك المشتري وإن تخيل في الفرق أن الاختلاط لم يمنع من تسليم عين المبيع وهو ههنا في غير المبيع فلا يمنع التسليم فلا يمنع الصحة (قلنا) ذلك يقتضي صحة بيع الأصل وغلة ثمره تكون للبائع ولا يتأتى تسليمها إلا بعد اختلاطها بالثمرة الحادثة على ملك المشتري والمنقول فيها عدم الصحة لسكن قد يترق بين ذلك وما نحن فيه بأن الثمار مقصود الأشجار كما ستعرفه ثم ولا كذلك ماء البئر في بيع الدار وأما في بيع البئر ففيه وقفة في حال كون الماء له قيمة والله أعلم * انتهى كلام ابن الرفعة * ومنع بيع النخلة المثمرة بالنخلة المثمرة من جنسها باطل اتفق عليه الأصحاب ومن صرح به ابن أبي هريرة وغيره فلو كان على أحدها ثمرة ولا شيء على الأخرى جاز وكذلك الشاة التي فيها لبن بالشاة التي لا لبن فيها صرح بهما ابن أبي هريرة والماوردي إلا أن تكون أحدهما مذبوحة فذلك يمتنع لأمر آخر وهو بيع حيوان بلحم (فائدة) عرفت أن أبا الطيب بن سلمة قائل بالجواز في بيع الشاة بالشاة والدار بالدار وقد صرح الغزالي في البسيط فقال في بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون وفي ضرعهما لبن حكى أصحابنا عن أبي الطيب بن سلمة أنه جوز ذلك وذكر مسألة الدارين وأطلق الخلاف فيها ولم ينسب فيها إلى أبي الطيب بن سلمة شيئاً وفي الوسيط ذكر لفظاً مشكلاً فقال بعد

ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة فهل له الرجوع عن الماوردي وأبي الطيب أنهما افتيا بشبوت الرجوع تنزيلاً للاقرار على أضعف الملوك وأدنى السببين لما ينزل على أقل المقدارين وعن الشيخ العبادي أنه لا رجوع لأن الأصل بقاء الملك المقر له ويمكن أن يتوسط فيقال أن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضي وان أقر بالملك المطلق فالأمر كما قال العبادي ولو أقر في وثيقة أنه لا دعوى له علي فلان ولا طلب بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب ثم قل إنما اردت في عمامة أو قيصه لافي داره وكرمه قال القاضي أبو سعيد بن يوسف هذا موضع تردد والقياس أنه يقبل لأن غايته تخصيص عموم وهو محتمل (الثانية) المقر به المجهول قد تمكن معرفته من غير رجوع إلى المقر وتفسيره وذلك بأن يحيله على معروف وذلك ضربان (أحدهما) أن يقول له علي من الدراهم بوزن هذه الصنجة أو بالعدد المكتوب في كتاب كذا أو بقدر ما باع به فلان عبده وما أشبه ذلك فيرجع إلى ما أحال عليه (والثاني) أن يذكر ما يمكن استخراج من الحساب فمن أمثله مسألة المفتاح وهو أن يقول لزيد على ألف درهم إلا نصف ما لا يئنه على ولا يئنه على ألف إلا ثلث ما لزيد على ولمعرفته طرق (أحدها) أن يجعل لزيد شيئاً ويقول للابن ألف إلا ثلث شيء، فيأخذ نصفه وهو خمسمائة إلا سدس شيء ويسقط من الألف يبقى خمسمائة وسدس شيء، وذلك يعدل شيئاً فالمفروض لزيد لأنه جعل له ألفاً إلا نصف ما لا يئنه

أن جزم بالبطلان في مسألة اللبون وحكى الوجهين في مسألة الدارين وسوى بالمنع فيهما واستشهد به
الفضلاء وتأويل كلامه في الوسيط وغاية ما ظهر لى في تأويله أن يكون المراد بالمنع منع الحكم المدعى
وهو البطلان الذى جزم به في مسألة الشاة اللبون لكن لا يستمر ذلك في مسألة الدارين فانه اقتصر
على حكاية الخلاف من غير ترجيح البطلان وامل ذلك وهم من ناسخ أو سبق قلم والله أعلم * وكذلك
قال ابن أبى الدم في كلامه على الوسيط ان ذلك غلط على أبى الطيب بن سلمة *

﴿ فرع ﴾ بيع الشاة التي فيها لبن ببقرة فيها لبن فيه قولان حكاهما الماوردي مأخذهما أن الألبان جنس أو أجناس وبالصححة جزم الصيمري في الكفاية كما تباع النخلة بالكرم وههنا بلبن الآدمي (ان قلنا) الألبان أجناس (وان قلنا) جنس واحد فيبينه على أن لبن الآدمي معها جنس أو جنسان وفيه وجهان تقدما • قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض لان عامة منافعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو الذي فيه حموضة لانه لبن خالص وانما تغير فيه كتمر طيب بتمر غير طيب ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير ﴾

فسقط سدس شيء لسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة فيكون الشيء التام ستمائة وهو مالزید فاذا أخذت ثلثها وهو مائتين وأسقطته من الألف بقي ثمانمائة وهي مائة مائة (والثاني) أن يجعل ازید ثلاثة أشياء لاستثنائه الثالث منه ويسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابن فيكون لها ألف ناقص شيء ثم تأخذ نصفه وهو خمسمائة قصة نصف شيء وتزیده على ما فرضناه ازید وهو ثلاثة أشياء تكون خمسمائة وستين ونصف شيء وذلك يعدل الألف درهم فسقط خمسمائة بخمسمائة تبقى خمسمائة في مقابلة ستين ونصف شيء فيكون الشيء ما بين وقد كان ازید ثلاثة أشياء فهي اذن ستمائة (والثالث) أن تقول استثنى من أحد الاقرارين النصف ومن الآخر الثلث فيخرج واحد فيخرج الآخر يكن ستة ثم ينظر في الجزء المستثنى من الاقرارين وكلاهما واحد فتضرب واحد أي واحد يكون واحد اتقصه من الستة يبقى خمسة فتحفظها وتسميها المقسوم عليه ثم تضرب ما يبقى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد اسقاطه في مخرج الثاني وذلك بان تضرب ما يبقى في مخرج النصف بعد النصف وهو واحد في مخرج الثلث وهو ثلاثة يحصل ثلاثة تضربها في الألف المذكور في الاقرار يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه وهو خمسة يخرج نصيب الواحد وهو ستمائة وهو مالزید وتضرب ما يبقى في مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان في مخرج النصف وهو اثنان يكون اربعة تضربها في الألف يكون اربعة آلاف تقسمها على خمسة يخرج من القسمة ثمانمائة فهو مالابن • ولو قال لزيد على عشرة إلا ثلثي ما عمرو وعل عمرو عشرة

(الشرح) الحليب قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السلم من الأم هو ما يجلب من ساغية وكان منتهى خاصية الحليب أن تقل حلاوته وذلك حين ينتقل إلى أن يخرج من لبم الحليب والرائب فسرره الأصحاب بأنه الذي حصل فيه قليل حموضة كما ذكره المصنف رحمه الله قال الامام فيما حكى عنه والرائب الذي خثر بنفسه من غير نار قال ابن الرفعة أي ولا القيت فيه انفحة ونحوها (أما) حكم المسألة فتد ذكر المصنف ثلاث مسائل ومقصوده في جميعها جواز البيع من حيث الجملة وأما كونه متماثلاً أو متفاضلاً فذلك معلوم من كون الألبان جنساً واحداً أو أجناساً ووجوب التماثل على الأول دون الثاني وقد تقدم ذلك والمقصود هنا جواز البيع وإن ذلك ليس من الرطب الذي يمنع بيع بعضه ببعض لأنه لا ينتهي إلى جناف ولأن معظم منفعة حال كونه لبناً ولا خلاف في جواز ذلك وقد تقدم أن الشافعي رضي الله عنه نبه على هذا القسم وأفرد له باباً وذكراً أنه خارج من معنى ما يكون رطباً بما تقدم بيانه عند قال الشافعي هناك وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفته لأننا لذلك نجد في كل أحواله لا منتقلاً إلا بنقل غيره فقلنا لا بأس بابن حليب بابن حامض وكيف ما كان بابن كيف ما كان حليباً أو رائباً أو حامضاً ولا حامضاً بحليب ولا حليباً برائب ما لم يخاطه ماء فإذا خلطه ماء فلا خير فيه وذكر

إلا ثلاثة أرباع ما يزيد تضرب المخرج في المخرج يحصل اثني عشر ثم تضرب أحد الجزئين في الباقي وهو اثنين في ثلاثة يكن ستة تسقطها من اثني عشر يبقى ستة تضرب الباقي في مخرج الثالث بعد اخراج الثلثين وهو واحد في أربعة يكون أربعة تضربها في العشرة المذكورة في الاقرار يكون أربعين نقسمها على الستة يكون ستة وثلثين وذلك ما أقر به يزيد ثم يضرب واحد وهو الباقي في مخرج الرابع بعد اخراج الأرباع الثلاثة في ثلاثة يكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلاثين نقسمها على الستة يكون خمسة وهو ما أقر به لعمره والطريقان الأولان يجريان في أمثال هذه الصور بأسرها (وأما) الطريق الثالثة فانه لا تطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرارين وتخرج فيما إذا كانت الاقرارين ثلاثة فصاعداً مثل أن يقول زيد عشرة الا نصف ما لعمره وعشرة الا ثلث ما لبكر ولبكر عشرة الا ربع ما لزيد إلى تطويل لا يؤثر ذكره في هذا الموضع ولو قال زيد على عشرة الا نصف ما لعمره ولعمره ستة الا ربع ما لزيد يكون مقراً لزيد بثمانية ولعمره بأربعة ولو قال زيد على عشرة الا نصف ما لعمره ولعمره عشرة الا ربع ما لزيد يكون مقراً لزيد بخمسة وخمسة أسباع ولعمره بثمانية وأربعة أسباع وقد يصور صدور كل اقرار من شخص بأن يدعى مالا على زيد وعلى عمرو فيقول زيد لك على عشرة الا نصف مالك على عمرو ويقول عمرو لك على عشرة الا ثلث ما على زيد فطريق الحساب لا يختلف *

الشافعي رضي الله عنه مسألة الحامض هنا وهو الخيض وسيأتي في كلام المصنف مفردا بالدكر ثم أن المصنف أفرد كل مسألة مفردة بعامة فذكر في مسألة الحليب ما يدل على أن ذلك هو حالة الكمال لوجود غاية منافعه كالتمر والفرق بينه وبين الرطب من ثلثه أوجه (أحدها) أن عامة منافع الرطب في حال كونه تمرا وتناوله في حالة الرطوبة يعد عجلة وتفكها (والثاني) قول الشافعي رضي الله عنه أن الرطب يشرب من أصوله ويحذف بنفسه يشير إلى أن اللبن في حال كماله والرطب ليس كذلك بل ينتقل اليها (والثالث) فرق أبو إسحق أن الرطوبة في اللبن من مصلحته وهي الحافظة لمنفعته بخلاف الرطب لأنه بعد الجفاف كذلك وجاز بيع اللبن باللبن ولو كان في كل منهما زبد لأن بقاء الزبد فيه من كمال منفعته وهو في أغلب الأحوال مأكول معه بخلاف الشمع في العسل . قال للامام (فان قيل) اللبن مشتمل على السمن والخيض وهما جنسان مختلفان (قلنا) اللبن يعد جنسا واحدا كالسمن بالسمسم وفيهما الدهن والتفل وكأثر بالتمر وفيهما الطعم والنوي قال الامام وأوقع عبارة في الفرق بين الشهد واللبن أن الشمع غير مخامر للعسل في أصله فان النحل ينسج البيوت من الشمع المحض ثم يلقى في خلاء العسل المحض فالعسل متميز في الأصل ثم مشتار العسل يخلطه بالشمع

﴿ الباب الثالث * في تعقيب الاقرار بما يرفعه ﴾

قال ﴿ وله سور (الأولى) اذا قال على الف من ثمن خمر او خنزير أو من ضمان شرط فيه الخيار ففي لزومه قولان يحريان في تعقيب الاقرار بما ينتظم لفظا في العادة ويبطل حكمه * وكذلك اذا قال على الف من ثمن عبد ان سلم سلمت * فعلى قول لا يطالب الا بتسليم العبد * وعلى قول يؤخذ بأول الاقرار * ولو قال الف لا يلزم يلزمه لأنه غير منتظم * وقيل قولان * ولو قال على الف قضيته فالأصح أنه يلزمه * وقيل قولان * ولو قال الف ان شاء الله فالأصح أنه لا يلزمه * وقيل قولان * ولو قال الف مؤجل فالأصح أنه لا يطالب في الحال * وقيل قولان * ولو ذكر الأجل بعد الاقرار لم يقبل * ولو قل الف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قولاً واحداً * ولو قال من جهة القرض لم يقبل قولاً واحداً * ولو قال على الف ان جاء رأس الشهر فهو على القولين اذ وقع لزوم الاقرار بالتعليق * ولو قل ان جاء رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه أصلاً * لأن الاقرار بالمعلق باطل (الثانية) اذا قال له على الف ثم جاء بالف وقال هو ودية عندي قبل * لأنه يتصور أن يكون مضمونا عليه بالتعدي وكان لازماً عليه * ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف بعد الاقرار وفيه قول آخر أنه لا يقبل تفسيره بالوديعة أصلاً فيلزمه الف آخر * وهو اظهر فيما اذا قال على وفي ذمتي أو قال الف ديناً *

بعض الخلط بالتعاطي والضغط وليس اللبن كذلك وهذا الفرق الذي ذكره الامام في غاية الحسن وفي مسألة الرائب بالحليب ذكر ما يندفع به توهم أنه خرج عن حالة الكمال بما حصل فيه التغيير كما ان التمر المتغير لا يخرج عن حالة الكمال ومن جزم بذلك الحاملي والقاضي أبو الطيب لكنه لم يشبهه بالرائب وانما قال اينما حلينا بابن قد حمض وتغير طعمه يجوز وجزم ابن أبي هريرة بمسألة الرائب بالرائب كما قال المصنف وكذلك القاضي حسين وذكر الماوردي جواز الحليب بالرائب والحامض إذا لم يكن زبدها ممخوذاً لانه بيع لبن فيه زبده بابن فيه زبده فصار كبيع الحليب بالحليب هكذا قال الماوردي ينبغي أن يحقق ما المراد بالرائب فان ابن أبي هريرة جزم بجواز بيعه بالزبد كما سيأتي والمراد بالرائب هنا ما خثر بنفسه من غير نار كما قال الامام •

(فرع) والميعار في اللبن السكيل نص عليه الشافعي والاصحاب قال الرافعي في كلامه ما يقتضي تجويز السكيل والوزن جميعاً (قلت) وانما في كلام الامام ما يقتضي التردد فانه قال فان كان يوزن فكذا وان كان يكل فكذا وهذا يقتضي الشك وان لم يتحرر عندهم معياره وليس فيه حكم بتجويز الأمرين هكذا أطلقوا المسألة وكلام صاحب التهذيب صريح في أنه يباع اللبن باللبن كإسواء كإحليلين أو رائيين أو حامضين وهو ظاهر فيما عدا الرائب وأما الرائب الخائر ففيه نظر لان الشافعي قال في البيا ما يقتضي أن الميعار فيه الوزن لا السكيل فقال انه لا يجوز السلم في البيا الا مكيالاً من قبل تكبيسه وتجافيه

يعقب الاقرار بما ينفيه اما بالاستثناء أو غيره (والثاني) ينقسم الى ما يرفعه أصلاً وإلى غيره (والأول) ينقسم الى ما لا ينتظم لفظاً فياغو وإلى ما ينتظم فان كان مفصلاً لم يقبل وان كان موصولاً ففيه خلاف بالترتيب هذا عقد الباب واذا مرت بك مسائله عرفت أن كل واحدة من أي قبيل هي (أما) الاستثناء فسيأتي حكمه فمن المسائل اذا قال فلان على الف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير نظر ان وقع قوله من ثمن خمر منفصلاً عن قوله على الف فتلزمه الألف وان كان موصولاً ففيه قولان (أحدهما) وهو اختيار المزني وأبي اسحق انه يقبل ولا يلزمه شيء لأن الكل كلام واحد فيعتبر بآخره ولا يتبعض كلامه (والثاني) لا يقبل فيعتبر أوله ويلغى آخره لأنه وصل باقراره ما يرفعه فاشبهه ما اذا قال على الف لا تلزمني أو فصل قوله عن ثمن خمر عن الاقرار وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فعلى هذا لو قال المقر كان ذلك من ثمن خمر وظننته لازماً فله تحليف المقر له على نفيه ويجرى القولان فيما إذا وصل باقراره ما ينتظم لفظه في العادة ولكنه يبطل حكمه شرعاً إذا أضاف المقر به إلى بيع فاسد كالبيع باجل مجهول وخيار مجهول أو قال تكفلت بيدن فلان بشرط الخيار أو ضمننت فلان كذا بشرط الخيار وما أشبه ذلك وفي كلام الأئمة ذكر مأخذين لهذا الخلاف

في المكيال الابن الرائب فيه شبه من اللباوقد يقال ان عقد اللبا أكثر فذلك يتجافى بخلاف الرائب وقد تعرض الامام لهذا الاشكال فأورد على نفسه أنه إذا خثر الشيء كان أثقل والذي يحويه المكيال من الخثر يزيد على الرقيق من جنسه بالوزن زيادة ظاهرة وأجاب بأن منع بيع الدبس بالدبس غير مبني على التفاوت في الوزن مع التساوي في المكيال فانا لو اعتبرنا ذلك لجوزنا بيع الدبس بالدبس إذا كان يوزن ولكننا اعتمدنا خروج الدبس عن حالة الكمال وأما الرائب الخثر فقد قطع اصحاب بجواز بيعه بالابن وجواز بيع بعضه ببعض ويتجه في بيع بعضه ببعض أن يقال الانعقاد جري في الابن على تساوي ولا يربو في الاناء إذا انعقد رائباً ولا ينتص فانه طبيعة في نفس الابن عقاده وليس من جهة ذهاب جزء وبقاء جزء فأما بيع الخثر بالابن فان كان يوزن فيظهر تجويزه فان كان يكال فيبيع الابن الحليب بالرائب الخثر كيلا فيه احتمال ظاهر في المنع ووجه التجويز تشبيه الخثر بالحنطة الصلبة المغلفة تباع بالرخوة فالخثر بالحليب يشبه الحنطة الصلبة بالرخوة انتهى كلام الامام * ومن هنا قل الرافعي إن في كلام الامام ما يقتضي تجويز الكيل والوزن وأنت قد سمعت كلام الامام وليس فيه حكم بكيال ولا وزن وإنما فيه انه تردد مكانه لم يتحرر عنه هل هو مكيل او موزون وقد صرح الرافعي والاصحاب بانه مكيل فتلخص من هذا أن بيع الرائب بالرائب كيلا جائز جزماً وبيع الرائب بالحليب كيلا جائز وفيه احتمال للامام وعند الاحتمال في المسألتين في الرائب بالرائب وفي الرائب

(أحدهما) بناء على القولين في تبويض الشهادة إذا شهد لابنه واجنبي ولك أن تقول هذا لا يشبه مسألة الشهادة لأن الشهادة للاجنبي والشهادة للابن أمران لاتعاق لأحدهما بالآخر وانما قرن بينهما الشاهد لفظاً والخلاف فيها شبهه بالخلاف في تفرق الصفقة وأما ههنا فالذكر أولاً مستند إلى المذكور آخرًا ولكنه فاسد في نفسه فسد الاول ولهذا لو قدم ذكر الخمر فقل لفلان على من ثمن الخمر الف لم يلزمه شيء بحال وفي الشهادة لافرق بين أن يقدم الابن أو الاجنبي ثم هب انهما متقاربان لكن ليس بناء الخلاف في الاقرار على الخلاف في الشهادة بأولى من القلب والعكس (والثاني) أنه يجوز بناء هذا الخلاف على الخلاف في حد المدعى والمدعى عليه (ان قلنا) المدعى من لو سكت ترك فهنا لو سكت عن قوله من ثمن خمر لترك فهو باضافته الى الخمر مدع فلا يقبل قوله ويحلف المقر له (وان قلنا) المدعى من يدعى أمراً باطناً قبل قول المقر لان الظاهر معه وهو براءة الذمة وانقر له هو الذي يدعي أمراً باطناً وهو زوال أصل البراءة ولك أن تقول لو صح هذا البناء لما افترق الحال بين أن يضيفه الى الخمر موصولاً أو منصرفاً لا يلزم أن يخرج التعتب بالاستثناء على هذا الخلاف وقال الامام رحمه الله بعد ذكر القوانين كنت أود لو فصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن

بالحليب لما ذكرته من كلام الشافعي في اللبا والله أعلم * وما ذكره الامام من انعقاد اجزائه على تساويه ومن تشبيهه بالحنطة الصلبة والرخوة ممنوع وقال ابن الرفعة اللبن الحائر يظهر ان يكون كالسمن الرائب قال وفي كلام الامام ما يدل على انه يجوز كيله ووزنه وكأنه تبع الرافعي فيما فهم من كلام الامام *

﴿ فرع ﴾ يشترط في بيع الحليب بالجن ان يكيله ولا رغو فيه فلو كان فيه رغو فبيها اوفي احدهما لم يصح حتى يسكن للجهل بالتماثل وحقيقة التفاضل وهذا مستفاد من قول الشافعي في السلم انه اذا اسلف فيه مكيل فليس له ان يكيله برغوته لا تزيد فليست بلبن يبقى بقاء اللبن مع ان بيع الحليب وعليه الرغو لا يجوز مطلقا كيلا نص عليه الصيمري في شرح الكفاية للجهل بالمقصود فاما وزنا فلا بأس اذا كان بغير جنسه *

ثمن الخمر لا يلزم وبيّن أن يكون عالما فيعذر الجاهل دون العالم لكن لم يصر اليه أحد من الاصحاب * (ومنها) اذا قال علي الف من ثمن عبد لم أقبضه اذا سلمه سلمت الالف ففيه طريقان (أحدهما) أن قبول قوله من ثمن عبد لم أقبضه على القولين السابقين وفي قول يقبل ولا يطالب بالالف الا بعد تسليم العبد وفي قول يؤخذ بأول الاقرار ولا يحكم بثبوت الالف ثمنا وهذا ما أورده في الكتاب (وأصحها) القطع بالقبول وثبوته ثمنا ويفارق صور القولين فان المذكور آخرها منها يرفع المقر به وههنا بخلافه وعلى هذا فلو قال علي الف من ثمن عبد واقتصر عليه ثم قال مفصولا لم أقبض ذلك العبد قبل أيضا لانه علق الاقرار بالعبد والاصل فيه عدم القبض نعم لو اقتصر على قوله لفلان علي الف ثم قال مفصولا هو من ثمن عبد لم أقبضه لم يقبل ولا فرق عندنا بين أن يعين العبد فيقول علي الف من ثمن هذا العبد اذا سلمه سلمت الالف وبين أن يطلق فيقول من ثمن عبد وقال أبو حنيفة رحمه الله ان عين قبل وان أطلق لم يقبل ولزمه الالف (ومنها) لو قال علي الف قضيته ففيه طريقان (أحدهما) القطع بلزوم الالف لقرب اللفظ من عدم الالتزام فان ما قضاها لا يكون عليه بخلاف قوله من ثمن الخمر فانه ربما يظن لزومه وهذا أصح عند صاحب الكتاب (وأصحها) عند الجمهور أنه علي القوانين لأن مثله يطلق في العرف والتقدير كان له علي الف قضيته ويجري الطريقان فيما اذا قال لفلان علي الف ابرأني عنه ولو ادعى عليه الفأ فقال قد قضيته فالمشهور ما ذكرناه في الباب الاول وهو انه اقرار وجعله أبو علي البندنجي بمثابة ما لو قال علي الف قضيته (ومنها) اذا قال علي الف ان شاء الله فالصحيح أنه لا يلزمه شيء لانه لم يلزم بالاقرار وقد علقه على المشيئة وهي غيب عنا وأيضا فان الاقرار اخبار عن واجب سابق والواقع لا يتعلق بالغير وعن صاحب التقریب ان من الاصحاب

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين وصاحب التهذيب الهريدي بالهر يد لا يجوز لتأثر النار فيه
(قلت) والهريدي ^(١) .

﴿ فرع ﴾ ويجوز بيع الخائر بالحليب والرائب والحامض أيضاً لان التفاوت بين الخائر وغيره
فى الوزن والوزن لا اعتبار به لان المعيار فيه الكيل قاله الرافعى .

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى رضى الله عنه فى الام لاخير فى لبن مغلى بلبن على وجهه لان
الاغلاء ينقص اللبن وواقفه الشيخ أبو حامد والحاملى ونسر المقدسى والبغوى ولو كان مسخنًا من
غير غليان صح قاله الرويانى *

﴿ فرع ﴾ شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا يكون فيه ماء فاما إذا كان فيه ماء فلا
يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا خلاف .

(١) بياض
بالاصل فحزر

من جعله على الخلاف فيما اذا قال من ثمن خمر لانه لو اقتصر على أول الكلام لكان اقراراً جازماً
ولو خرجوا طريقاً آخر جازماً بالزوم لكان قريباً بناء على أن تعليق السابق لا ينتظم وبهذا قال
احمد * ولو قال على الف ان شئت أو شاء فلان فالمشهور بطلان الاقرار وقال الامام رحمه الله الوجه
تخريجه على القولين لانه نفي بآخر كلامه مقتضى أوله قال وايس ذلك كقوله ان شاء الله وان شاء
زيد فان مثل هذا الكلام يطلق للالتزام فى المستقبل ألا ترى أنه لو قال لك على كذا ان رددت
عبدى الآبق كان ذلك التزاماً فى المستقبل ولو قال على الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا قدم فلان
اطلق مطلقون أنه لا يكون اقراراً لان الشرط لا أثر له فى ايجاب المال والواقع لا يعاق بالشرط وذكر
الامام رحمه الله وغيره أنه على القولين لان صدر الكلام صيغة التزام والتعليق يرفع حكمه ويمكن
أن يكون اطلاق من اطلق اقتصاراً على الاظهر من القولين فى المسألة وهذا اذا اطلق وقال قصدت
التعليق أما اذا قل قصدت به كونه مؤجلاً الى رأس الشهر فسيأتى ولو قدم التعليق فقال ان جاء
رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه شيء لانه لم توجد صيغة التزام جازمة نعم لو قال أردت به التأجيل
برأس الشهر قبل وفى التهمة حكاية وجه أن مطلقه يحمل على التأجيل برأس الشهر وبهذا أجاب
فيما اذا أخر صيغة التعليق فقال على الف اذا جاء رأس الشهر ولم يذكر غيره فيجوز أن يعلم لذلك
قوله فى الكتاب لم يلزمه أصلاً - بالواو - قوله فى الصورة الاولى فهو على قولين أيضاً واعلمك
تقول ما حكيت فى صورة التعليق افهمنى أن ظاهر المذهب بطلان الاقرار فيما اذا قال من ثمن الخمر
والخنزير ان الاصح عند العراقيين وغيرهم لزوم ما أقر به فهل من فارق (والجواب) أنه يمكن أن يقل
دخول الشرط على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية والجملة اذا صارت جزءاً من جملة أخرى

(فرع) إذا حمى اللبن قليلاً بحيث لا تأخذ النار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض قاله الشيخ أبو حامد ونصر ويجوز بيع لبن الغنم بابن البقر متفاضلاً على الصحيح • المشهور أنها أجناس وكذلك يجوز بيع أحد الصنفين بما يتخذ من لبن الصنف الآخر وقد تقدم التنبيه على ذلك فإن فرعنا على أن الألبان جنس فلا يباع أحدهما بالآخر إلا على الوجه المذكور فيما تقدم ومن صرح بذلك هنا صاحب التهذيب •

تغير معناها (وقوله) من ثمن خمر أو خنزير لا يغير معنى صدر الكلام وإنما هو بيان جهته فلا يلزم من أن لا يبيع بعض الأقرار عند التعليق بل يلغى تحريزاً من اتخاذ جزء الجملة جملة برأسها أن لا يبيع بعض في الصورة الأخرى (ومنها) لو قال على ألف مؤجل إلى وقت كذا نظر أن ذكر الأجل مفصلاً لم يقبل وإن ذكره موصولاً ففيه طريقان كالطريقين فيما إذا قال ألف من ثمن عبد لم أقبضه والظاهر القبول وبه قال أحمد وإذا قلنا لا يقبل فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الأجل وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأعلم لذلك (قوله) في الكتاب لا يطالب في الحال بالحاء قال الإمام وموضع الطريقين ما إذا كان الدين المقر به مطلقاً أو مستنداً إلى سبب وهو بحيث يتعجل ويتأجل (أما) إذا استند إلى جهة لا تقبل التأجيل كما إذا قال ألف أقرضني مؤجلاً فيأخو ذكر الأجل بلا خلاف وإن أسنده إلى جهة يلزمها التأجيل كالدية المضروبة على العاقلة فإن ذكر ذلك في صدر إقراره بان قال قتل ابن عمي فلانا خطأ ولزمني من دية ذلك القتل كذا مؤجلاً إلى سنة انتهأوها كذا فهو مقبول لا محالة وإن قال على كذا من جهة تحمل العقل مؤجلاً إلى وقت كذا فطريقان (أحدهما) القطع بالقبول لأنه كذلك يثبت (والثاني) أنه على القولين والطريق الأول هو المذكور في الكتاب لكن الثاني أظهر لأن أول كلامه يلزم لو اقتصر عليه وهو في الإسناد إلى تلك الجهة مدع كما في التأجيل •

(فرع) لو قال بعثك أمس كذا فلم تقبل فقال قد قبلت فهو على قولي تبويض الأقرار إن بعضناه فهو مصدق بيمينه في قوله قبلت وكذا الحكم فيما إذا قال لعبد أعتقتك على ألف فلم تقبل ولا مرأته خالعتك على ألف فلم تقبل وقال قبلنا •

(فرع) إذا قال إني أقر الآن بما ليس على فلان على ألف أو ما طلقت امرأتى ولاكن أقر بطلاقها فأقول طلقته عن الشيخ أبي عاصم أنه لا يصح إقراره وقال صاحب التتمة الصحيح أنه كما لو قال على ألف لا يلزمني فلان ولو قال على ألف وزعم أنه ودية فلما أن يذكر ذلك منفصلاً أو متصلاً (الحالة الأولى) وهي المذكورة في الكتاب أن يذكره منفصلاً فإن أتى بألف بعد إقراره وقال أردت هذا وهو ودية عندي فقال المقر له هو ودية ولي عليك ألف آخر ديها وهو الذي

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن لأن ذلك مستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسمن ولا يجوز بيعه بالخيض لأن الخيض لبن نزع منه الزبد والحليب لم ينزع منه الزبد فاذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان ولا يجوز بيعه بالشيراز واللأ والجبن لأن أجزاءها قد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلا لأنهما يتفاضلان ولا يجوز بيعها وزناً لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزناً •

أردته باقرارك ففيه قولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وأحمد أن القول قول المقر له فما أتى به وديعة وعليه الف ديناً لأن كلمة علي تقتضي الثبوت في الذمة ولهذا لو قال علي ما علي فلان كان ضامناً والوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها (وأصحهما) أن القول قول المقر مع يمينه لان الوديعة يجب حفظها والتخلية بينها وبين المالك فلعله أراد بكلمة علي الاخبار عن هذا الواجب ويحتمل أيضاً أنه تعدى فيها حتى صارت مضمونة عليه فلذلك قال هي علي وأيضاً فقد تستعمل علي بمعنى عندي وفسر بذلك قوله تعالى مخبراً (ولهم على ذنب) وحكى الامام طريقة قاطعة بالقول الثاني والمشهور اثبات القولين وقد نسبهما الشيخ أبو حامد إلى نسه في الأم ولو كان قد قال علي الف في ذمتي أو ألف ديناً ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا فان لم تقبل في الصورة الأولى فهنا أولى وان قبلنا هناك فوجهان (أحدهما) يقبل لجواز أن يريد الألف في ذمته ان تلفت الوديعة لأتى تعديت فيها (وأصحهما) أنه لا يقبل والقول قول المقر له مع يمينه لان العين لا تثبت في الذمة (وقوله) في الكتاب تفريراً على قبول التفسير بالوديعة فلا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف أراد به ما ذكره الامام من أن الأصحاب قالوا الألف مضمون وليس بأمانة لأن قوله علي يتضمن الالتزام فلو ادعى تلف الألف الذي زعم أنه وديعة لم يسقط الضمان عنه ولو ادعى رده لم يصدق لانه ضامن وانما يصدق المؤمن والمفهوم من هذا الكلام أنه لا يصدق في دعوى تلفه بعد الاقرار أو رده لكن فيه إشكال توجيهها ونقلها أما التوجيه فان كلمة علي يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونة عليه لتعديده ويجوز أن يريد بها وجوب الحفظ والتخلية ويجوز أن يريد بها عندي كما سبق وهذان المعنيان لا ينافيان الأمانة وأما النقل فلأن قضية ايراد غيرهما أنه ان ادعى أنه تلف أورده قبل الاقرار لم يصدق لان التالف والمردود لا يكون عليه بمعنى من المعاني فان ادعى التلف بعد الاقرار فيصدق وقد صرح به صاحب الشامل في موضعين من الباب (الحالة الثانية) أن يذكره على الاتصال فيقول لفلان علي الف وديعة فيقبل وتأويل كلامه على ما مر وعن الشيخ أبي اسحق أنه على القولين فيما لو قال علي

(الشرح) قال القاضي أبو الطيب الذي يتخذ من اللبن أحد عشر شيئاً كذا في النسخة
وصوابه اثني عشر الزبد والسمن والخيض واللبن والمصل والجبن والسيرار والدجنين والكشك
والطينح والكواميخ قالها القاضي أبو الطيب وغيره والسكبح قاله القاضي حسين والقول الجملي أن
اللبن لا يجوز بيعه بما يتخذ منه من جميع ذلك وفي التفصيل مسائل فنوردها كما أوردها المصنف واحدة
واحدة (المسألة الأولى) بيع اللبن بالزبد قال الشافعي في المختصر ولا خير في زبد غنم بلبن غنم لأن

الف قصيته وهو متوجه تفرعاً على عدم القبول حالة الانفصال (واذا قلنا) بالقبول فاذا أتى بألف
وقال هذا هو فبيع به وإن لم يأت بشيء، وادعى التلف أو الرد في القبول وجهان بناها في التهذيب
على تأويل كلمة على أن حملناها على وجوب الحفظ قبل وهو الأصح وإن حملناها على صيرورته
مضموناً عليه فلا يجوز أن يثبت في الحالة الأولى مثل هذا الخلاف نظراً إلى المعنيين ولو قال معي
أو عندي الف فهو محتمل للأمانة مصدق في قوله أنه كان وديعة وفي دعوى التلف والرد ولو قال
له عندي الف درهم مضاربة ديناً أو وديعة ديناً فهو مضمون عليه ولا يقبل قوله في دعوى التلف
والرد نص عليه ووجهه بان كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً فإن قال أردت به أنه دفعه إلى
مضاربة أو وديعة بشرط الضمان لم يقبل قوله لأن شرط الضمان في الأمانة لا يوجب الضمان هذا
إذا فسر منفصلاً وإن فسر متصل فففيه قولاً تبعيض الإقرار ولو قال عندي الف عارية فهي
مضمونة عليه صححنا إعاره الدراهم أو أفسدناها لأن الفاسد كالدحيح في الضمان ولو قال دفع إلى
الفأثم فسر به وديعة وزعم تلفها في يده صدق بيمينه وكذا لو قال أخذت منه الفأثم وأقول أبو حنيفة
رحمه الله إذا قال أخذت منه الفأثم فسر به وديعة وقال المأخوذ منه بل غصبته فالقول قول المقر له
لأن الأخذ منه قد لا يكون برضاه ودفعه يكون برضاه وعن القفال أنه قال المذهب عندي
أنه يفرق بين اللفظين كما قال أبو حنيفة رحمه الله ولو ذكره على الاتصال فقل أخذت من فلان الفأثم
وديعة فعند أبي حنيفة لا يقبل وعلى ما ذكره القفال يحى فيه القولان في تبعيض الإقرار وظاهر
المذهب لا يخفى •

قال (الثالثة إذا قال هذه الدار لك عارية قبل لأن الإضافة باللام تحتمل العارية إذا وصل به •
وقيل وفيه قولان • ولو قال هي لك هبة ثم قال أردت هبة قبل القبض قبل أيضاً ولو قال وهبت
وأقبضت • أو رهنت وأقبضت ثم قال كذبت لم يقبل • ولو قال طمنت أن القبض بالقول قبض •
أو أشهدت على الحك على العادة • وهل تقبل دعواه ليحلف الخصم فيه خلاف • ولو أقر ثم
قال لقنت بالعربية وهو عجمي لا يفهم قبل دعواه بالتحليف •

الزبد شيء من اللبن وقال في الأم معني ذلك وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم واختلفوا في تعليقه
فالاكترون على ما يشمر به كلام الشافعي أن الزبد شيء من اللبن يعني فإذا باعه باللبن واللبن مشتمل
على الزبد فيكون قد باع زبداً بزبد متفاضلاً وقال أبو اسحق لأن في الزبد شيئاً من اللبن يعني
فيكون بيع لبن بلبن متفاضلاً قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي والتعليل
الاول هو الصحيح قال أبو الطيب ولم يذكر أبو اسحق ذلك في الشرح وهو باطل ببيع اللبن باللبن

الفصل يشتمل على ثلاث مسائل (أحداها) إذا قال هذه الدار لك عارية فهو اقرار بالاعارة وله
الرجوع عنها وقال صاحب القريب هي لك اقرار بالملك لو اقتصر عليه وذكر العارية معه ينافيه
فيكون على القواين في تبعض الاقرار وأجابوا عنه بأن الاضافة باللام تقتضي الاختصاص بالملك أو
غيره فان تجردت وأمكن الحمل على الملك حمل عليه لأنه أظهر وجوه الاختصاص وإن وصلها وذكر
وجه آخر من الاختصاص أو لم يمكن الحمل على الملك كقولنا الجمل للفرس حمل عليه ولو قال هذه
الدار لك هبة عارية باضافة الهبة إلى العارية أو هبة سكتي فهو كما لو قال لك عارية بلا فرق (الثانية) الاقرار
بالهبة لا يتضمن الاقرار بالقبض على المشهور وفي الشامل ذكر خلاف في المسألة إذا كانت العين في
يد الموهوب منه رقل أقبضني ولو قال وهبت وخرجت منه إليه فقد مر أن الظاهر أنه ليس
باققرار بالقبض أيضاً وكذا لو قال وهبت منه وملكها قاله في التهذيب أما إذا أقر بالقبض
مع الهبة فقال وهبت وأقبضت أو سلمته منه أو حازه مني لزمه الاقرار فلو عاد وأنكر القبض
وذكر لأقراره تأويلاً أو لم يذكره فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قل رهننت وأقبضته ثم عاد
وانكر المذكور في الرهن أنه له تحليفه وقيل لا يحلفه إلا أن يذكر للاقرار تأويلاً (وقوله)
في الكتاب أو رهننت وأقبضت كالمكرر لأنه أوردته ثم إلا أنه أورد الخلاف ههنا فيما إذا
ذكر لأقراره تأويلاً وهناك أجاب بالاصح وهو أنه يحلف ولو أقر ببيع أو هبة رقبض ثم قال
كان ذلك فاسداً وأقررت لغني الصحة لم يصدق لكن له تحليف المقر له فإن نكل حلف المقر
وحكم ببطالان البيع والهبة ولو أقر باتلاف مال على إنسان وأشهد عليه ثم قال كنت عازماً على
الاتلاف فقدمت الأشهاد على الاتلاف لم يلتفت إليه بحال بخلاف ما لو شهد على نفسه ثم قل
كنت عازماً على أن استقرض منه فقدمت الأشهاد على الاستقرض لأن هذا معتاد وذلك غير
معتاد (الثالث) اقرار أهل كل لغة بلغتهم إذا عرفوها صحيحة ولو أقر عجمي بالعربية أو بالعكس
وقال لم أفهم معناه ولكن لقنته فتلقنته صدق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه وكذلك الحكم
في جميع العقود والحلول وكذا لو أقر ثم قال كنت يوم الاقرار صغيراً وهو محتمل صدق بيمينه إذ

(فان قيل) فاللبن باللبن في كل منهما زيد فهلا امتنع (فالجواب) عنه كما قيل في بيع السمسم بالسمسم وهو مذكور في مسألة بيع الشيرج بالسمسم فان الجواب مذكور عنهما معا كذلك ذكره الشيخ أبو حامد (المسألة الثانية) بيع اللبن بالسمن لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي وجزم به الأصحاب منهم ^(١) والرافعي قال الشيخ أبو حامد والمحاملي وههنا يبطل تعليل أبي اسحق لأنه لو كان المعنى ما ذكره لجاز ههنا وهذا الالتزام نزل علي أن أبا أسحق غير مخالف في ذلك قال المحاملي وكان يجب

الأصل الصغر وكذلك لو قال كنت مجنوناً وقد عهد له جنون ولو قال كنت مكرهاً وثم أمارات الإكراه من حبس أو توكيل فكذلك وإن لم تكن أمارة لم يقبل قوله والأمارة إنما تثبت باقرار المقر له أو بالبينة وإنما تؤثر إذا كن الإقرار ان ظهر منه الحبس والتوكيل أما إذا كان في حبس زيد لم يقدح ذلك في الإقرار لعمره ولو شهد الشهود على إقراره وتعرضوا لبلوغه وصحة عقله واختياره فادعي المقر خلافه لم يقبل لما فيه من تكذيب الشهود ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل والطواعية والحرية والرشد ويكتفي بان الظاهر وقوع الشهادة على الإقرار الصحيح وفي مجهول الحرية قول أنه يشترط التعرض للحرية وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط والمذهب الأول قال الأئمة وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعاً مع صحة عقله وبلوغه احتياط ولا تقيد به شهادة الإقرار لكونها طائعاً وأقام الشهود عليه بينة على كونه مكرهاً قدم بينة الإكراه ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقاً بل لابد من التفصيل (وقوله) في الكتاب في مسألة التلقين تقبل دعواه التحليف إنما قيد اللفظ فيما لا يصدق فيه الشخص لكنه يخاف فيه الخصم وههنا هو مصدق على ما بينا *

قال (الرابعة إذا قل الدار لزيد بل لعمره وسلم إلى زيد ويغرم لعمره في أقيس القولين * ولو قال غضبتها من زيد وملكها لعمره ويبرأ بالتسليم إلى زيد فلعله مرتين أو مستأجر * فيها مسألتان (إحداهما) إذا قال غضبت هذه الدار من زيد لابل من عمرو أو قال غضبت هذه الدار من زيد وغضبتها من عمرو أو قال هذه الدار لزيد لابل لعمره فتنسب الدار لزيد وهل يغرم المقر قيمتها لعمره فيه قولان منصوصان (أحدهما) وهو الذي نقله في المختصر في الصورة الأولى أنه لا يغرم لأنه اعترف للثاني بما يدعيه وإنما منع الحكم من قبوله وأيضاً فإن الإقرار الثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه شيء كما لو أقر لعمره بالدار التي هي في يد زيد لعمره (والثاني) أنه يغرم وبه قال أحمد لأنه حل بين عمرو وبين داره باقراره الأول والحيلولة تثبت الخمان بالاتلاف ألا ترى أنه لو غضب عبداً فأبق من يده ضمنه وهذا أصبح عند الأكثرين وفي الصورة الثالثة طريقة قاطعة بأنه يجب الغرم مذكورة في التهذيب والتممة موجهة بأنه لم يقر بجناية في ملك الغير بخلاف صورتين الأولتين فإنه أقر فيهما بالغصب فضمن لذلك وقال أبو حنيفة رحمه

(١) بياض
بالأصل فحرر

أن يقول أبو اسحق ههنا أنه لا يجوز بيع اللبن بالسمن ولا خلاف على المذهب أن ذلك لا يجوز قال الامام (فان قيل) قد ذكرتم أن اللبن في حكم جنس واحد لا اختلاط فيه فجوزوا بيع اللبن بالسمن بناء على أن اللبن جنس واحد (قلنا) هذا فيه بعض الغموض من طريق التعليل ولكنه متفق عليه وفي معناه بيع السمس بالشيح مع تجويز بيع السمس بالسمس وأقضى الممكن فيه أن اللبن إذا قوبل بالسمن فلا يمكن أن يجعل مخالفاً للسمن فأما يجانسه بما فيه من السمن لا بصورته وطعمه وإذا اعتبرنا

الله إذا قال غصبت هذه الدار من فلان بل من فلان غرم للثاني ولو قال هذه لفلان بل لفلان لا يغرم للثاني فيجوز أن يعلم لذلك (قوله) في الكتاب ويغرم لعمره بالحاء ويجوز أن يعلم (قوله) على أقيس القولين بالواو إشارة إلى الطريقة القاطعة بنفي الغرم واختلفوا في موضع القولين حيث ثبتا فقال قائلون هما مخصوصان بما إذا انتزعا الحاكم من يد المقر وسلمها إلى زيد فاما إذا سلمها إلى زيد بنفسه غرمها لعمره بلا خلاف وقال آخرون يجريان في الحالين لأن سبب انتزاع القاضي أيضاً إقراره ولو باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن ثم قال كنت قد بعته من فلان أو غصبتها لم يقبل قوله على المشتري وفي غرامته القيمة للمقر له طريقان (أحدهما) أنه على القولين (وأصحهما) عند صاحب التهذيب ورواه الماسرخسي عن ابن أبي هريرة القطع بأنه يغرم لتفويته عليه بتصرفه وتسليمه لأنه استوفى عوضه والغرض مدخل في الضمان ألا ترى أنه لو غر بحرية أمة فكسحها واحبلها ثم أجهضت بجناية جان يغرم المغرور الجنين للمالك الجارية لأنه يأخذ الغرة ولو سقط ميتاً من غير جناية لا يغرم وينبني على هذا الخلاف أن مدعى العين المبيعة هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري (ان قلنا) لو أقر يغرمه القيمة فله دعواها والا فلا ولو كان في يد انسان عيناً فانتزعا منه مدع يمينه بعد نكول صاحب اليد ثم جاء آخر يدعيها هل له طلب القيمة من الأول (ان قلنا) النكول ورد اليين كالبينة فلا كما لو كان الاتزاع بالبينة وإن جعلناها كالأقرار ففي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف (الثانية) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمره سلمت الدار إلى زيد لأنه اعترف له باليد (والظاهر) كونه محققاً فيها ثم الخصومة في الدار تكون بين زيد وعمره ولا تقبل شهادة المقر لعمره لأنه غاصب وفي غرامته لعمره طريقان (أحدهما) أنه على القولين فيما إذا قال غصبتها من زيد المقر لا بل من عمرو واختاره في التهذيب (وأصحهما) القطع بأنه لا يغرم لان الأقرارين هناك متنافيين والأقرار الأول مانع من الحكم بالثاني وههنا لامتنافاة لجواز أن يكون الملك لعمره وتكون في يد زيد باجارة أو رهن أو وصية بالمنافع فيكون الآخذ منه غاصباً منه ولو آخر ذكر الغصب فقال هذه الدار ملكها لعمره وغصبتها من زيد فوجهان (أظهرهما) أن الحكم كما في الصورة الأولى لعدم التنافي

السمن انتظم منه أنه يبيع سمننا بسمن ومخيض فاما اللبن باللبن فيعتمد تجانس اللبن في صفته الناجزة ولا ضرورة تحوج إلى تقدير تفريق الأجزاء (قلت) وهذا كما تقدم له في بيع السمن بالشيرج ولو قال قائل ما للضرورة الداعية إلى تقدير تفريق الأجزاء عند مقابلة اللبن بالسمن والسمن بالشيرج لاجوج الي جواب غير هذا (المسألة الثالثة) بيع اللبن بالمخيض وهو الردغ الذي استخرج منه الزبد جزم به الاصحاب لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي والمصنف افرده بالعلة التي ذكرها لانه مستبعد

فتسلم إلى زيد ولا يغرم لعمر (والثاني) أنه إذا أقر بالملك أولاً لم يقبل إقراره باليد لغيره فتسلم إلى عمرو وفي الغرم لزيد القولان هكذا أطلقوه وفيه مباحثة لانا اذا غرمننا المقر في الصورة السابقة للثاني فانا نغرمه القيمة لانه أقر بالملك وههنا جعلناه مقراً باليد دون الملك فلا وجه لتفريجه القيمة بل القياس أن يسأل عن يده أكانت باجارة أو برهن أو غيرها فان أسندها إلى الاجارة غرم قيمة المنفعة وان أسندها إلى الرهن غرم قيمة المرهون ليتوثق به في دينه وكأنه اتلف المرهون ثم ان وفي الدين من موضع آخر فترد القيمة عليه (وقوله) في الكتاب يبرأ بالتسليم إلى زيد يجوز اعلامه بالواو لانه اراد البراءة عن الغرم لعمر وعلى ما هو بين في الوسيط وقد عرفت الخلاف فيه *

(فرع) اذا قال غصبت هذه العين من أحدهما فيطالب بالتعيين فان عين أحدهما سلمت إليه وهل للثاني تحليفه ينبغي على أنه لو أقر للثاني هل يغرم له القيمة (ان قلنا) لا فلا (وان قلنا) نعم فنعم لانه ربما يقر له اذا عرضت اليمين عليه فيغرم فعلى هذا ان نكل ردت اليمين على الثاني واذا حلف فليس له الا القيمة ومهم من قال (ان قلنا) ان النكول ورد اليمين كالاقرار من المدعى عليه فالجواب كذلك اما اذا قلنا كالبينة فتنتزع الدار من الاول وتسلم إلى الثاني ولا غرم عليه للاول وعلى هذا فله التحليف (وان قلنا) لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعاً ان ينكل فيحلف المدعى ويأخذ العين وان قال المنكر لا أدري من أيكما غصبت وأصر عليه فان صدقاه فالعين موقوفة بينهما حتي يتبين المالك أو يحطلحا وكذا أن كذبا وحلف لهما على نفى العلم هذا ظاهر المذهب في الفرع وللشيخ ابى على فيه تطويل في شرح الفروع لكنه لم يمتنع لي تنقيح كلامه فتركته *

قال **الخامسة** اذا استثنى عن الاقرار مالا يستغرق صح كقوله على عشرة الا تسعة يلزمه واحد * ولو قال عشرة الا تسعة الاثمانية يلزمه تسعة لان الاستثناء من النفي اثبات كما أنه من الاثبات نفي *

الكلام من هذا الموضع إلى آخر الباب في الاستثناء وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرها بشرط أن يكون متصلاً ولا يكون متفرقاً فان سكوت بعد الاقرار طويلاً أو تكلم بكلام اجنبى عما هو فيه ثم استثنى لم ينفع الاستثناء ولو استغرق فقال عشرة الا عشرة فعليه العشرة

أن يقال ان الخيض متخذ من اللبن بل هو نفس اللبن نزع منه الزبد لاسيما على العلة التي ذكرها في الزبد والسمن أنه مستخرج من اللبن وجمع بذلك بينه وبين الشيرج مع السهم فان ذلك لا يصح أن يقال في الخيض فهذا أفرد وكذلك القاضي أبو الطيب صنع كما صنع المصنف وقال أيضا ولأنه لا يجوز بيع الكسب بالسهم وان كان أبو اسحق في بيع اللبن بالزبد لا يجعل للزبد الكامن في اللبن حكما فيلزمه أن يجوز اللبن بالخيض لانتفاء العلة التي ذكرها في اللبن بالزبد فيرد عليه

لأن هذا الاستثناء غير منتظم في البيان ولو قال على عشرة الا تسعة أو سواء واحد صح الاستثناء ولزمه في الصورة الاولى درهم وفي الثانية تسعة ولا فرق بين استثناء الاقل من الاكثر وبين عكسه وعن احمد أنه لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل (فقوله) في الكتاب يلزمه واحد يصح اعلامه بالالف لذلك ويصح اعلامه بالميم لان في التثنية أن مالكا لا يصح عنده استثناء الآحاد من العشرات ولا اللتين من الألوف وانما يصح استثناء العشرات من اللتين والألوف وفي الذخيرة للبندنجي أن مالكا لا يصح الاستثناء في الافرار اصلا ثم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات لأنه مشتق من النفي وهو الصرف والعرف انما يكون من الاثبات الى النفي وبالعكس فلو قال على عشرة الا تسعة الاثمانية فعليه تسعة المعنى الا تسعة لا يلزم الاثمانية فتلزم فتكون الثمانية والواحد الباقي من العشرة والطريق فيه وفي نظائره أن يجمع كل ماهو اثبات وكل ماهو نفي فيسقط المنفي من المثبت فيكون الباقي هو الواجب فالعشرة في الصورة المذكورة والثمانية مثبتتان يجمعهما ويسقط التسعة المنفية من المجموع يبقى تسعة ولو قال عشرة الا تسعة الاثمانية الا سبعة وهكذا الى الواحد فعليه خمسة لان الاعداد المثبتة ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون قال الامام وطريق تمييز المثبتات من المنفيات ان ينظر الى العدد المذكور أولا فان كان شفعا فالواتار منفية والاشفاع مثبتة وان كان ورا فالعكس ولهذا شرط وهو أن تكون الاعداد المذكورة على التوالي الطبيعي أو يتلو كل شفع منها ورا وبالعكس ولو قال ليس لفلان على شيء الا خمسة فعليه خمسة ولو قال ليس له على عشرة الا خمسة لم يلزمه شيء عند الاكثرين لان عشرة الا خمسة خمسة فكأنه قال ليس على خمسة وفي النهاية وجه آخر أنه يلزمه خمسة بناء على أن الاستثناء من النفي اثبات ولو أتى باستثناء بعد استثناء والثاني مستغرق صح الأول وبطل الثاني مثاله قال على عشرة الا خمسة الا عشرة أو عشرة الا خمسة الا خمسة يلزمه خمسة وان كان الاول مستغرقا كقوله عشرة الا عشرة الا أربعة فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الاول لاستغراقه والثاني يلزمه أربعة ويصح الاستثناء آن لان الكلام انما يتم بآخره وآخره يخرج الاول عن كونه مستغرقا ويصير كانه استثنى من

هنا كما ورد عليه في اللبن بالسمن (المقالة الرابعة) بيعه بالشيزاري وهو ^(١) واثبا والجبن والعله في
الثلاثة ما ذكره المصنف وكذلك علل انة ضى أبو الطيب وزاد هو وأبو حامد أن في الجبن أنفة
وملح فيكون بيع لبن وشيء بلبن وزاد أبو حامد أن النار قد أخذت منه وفي معناها بيع اللبن بالأقط
قال الشافعي رضي الله عنه في الأم ولا خير في لبن غنم بأقط غنم من قبل أن الاقط لبن معقود فاذا
بعت اللبن بالأقط اجزت اللبن باللبن مجز ولا ومتفاضلا أو جمعتها معا فاذا اختلف اللبن والأقط فلا
بأس وصرح به الأصحاب كذلك وكذلك الطينح الذي يتخذ من اللبن لأن أجزاءه مفقودة ومخالطة
غيره فلا يجوز بيعها بحليب قاله أبو الطيب وفصل ابن الصباغ فقال إن لم تنعقد أجزاءه وإنما سخن فانه
يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل المصفى بالسمن أو النار الخفيفة وإن طبخ حتى انعقدت أجزاءه أو اختلط
معه غيره لم يجز ورأيت في شرح الكفاية للصيمري أنه يجوز بيع الحليب باللبا متفاضلا يدأ بيد
والظاهر أن ذلك غلط في النسخة وكذلك الاقط لا يجوز بيعه باللبن للعله التي ذكرها وعلم القاضي
الرويانى امتناع بيع اللبن باللبا بان أصله الكيل واللبا المعمول للأكل لا يكال لأن النار عقدت

(١) بياض
بالاصل فحرر

أول الكلام ستة قل في الشامل وهذا أقيس (والثالث) يلزمه ستة لان الاستثناء الاول باطل
لاستغراقه فيكون وجوده كعدمه ويرجع الاستثناء الى أول الكلام ولو قل على عشرة الا عشرة
الا خمسة فعلى الوجه الاول يلزمه عشرة وعلى الأخيرين خمسة هذا إذا لم يكن في الاستثناء
عطف أما إذا قال عشرة الا خمسة والا ثلاثة أو على عشرة الا خمسة وثلاثة ففيها جميعا مستثنيان من
العشرة ولا يلزمه الا درهمان فان كان العددان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق كما اذا قال على
عشرة الا سبعة وثلاثة فيلزمه عشر لأن الواو تجمعهما وتوجب الاستغراق أو ينخص الثاني بالبطلان
لأن الأول صح استثناءه والثاني مثل العدد الباقي فهو المستغرق فيه وجهان قال الشيخ أبو على
(أصحهما) الثاني ورأى أن يفرق بين قوله عشرة الا سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة الا سبعة الا ثلاثة فيقطع
في الصورة الثانية بالبطلان لأنها استثناء مستقلة فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان
في المستثنى والمستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر ففي الجمع بينهما وجهان كما في الصورة
السابقة أصحها ويحكي عن نصه في الطلاق وبه أجاب ابن الحداد والأكثر أن لا يجمع لأن الواو
العاطفة وإن اقتضت الجمع لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة النظم والاستثناء
ويدور على النظم مثاله اذا قل على درهمان ودرهم الا درهمان ان لم يجمع لزمه ثلاثة لانه استثنى
درهمان من درهم وان جمعا لزمه درهم فكان الاستثناء مستغرقا ولو قال ثلاثة الا درهما ودرهمين
فان لم يجمع لزمه درهمان وان جمعا لزمه ثلاثة ولو قال درهم فدرهم ودرهم الا درهما ودرهما لزمه

أجزائه فيؤدى إلى التفاضل وعلل في ذلك بالباقي بالجبن والمصل وشبههما وكذلك المصل لا يجوز بيعه باللبن لعله المذكورة وفيه ملح أيضاً قله أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والمصل ماء الأقط على المشهور عصارة الأقط حين يطبخ ويعصر وقيل ماء اللبن النقي وقيل الخيض وكذلك الكشك لهذه العلة وما فيه من الحشائش قاله أبو الطيب وهو قريب من الكشك الذي يعمل في بلادنا فانه يدش القمح ويعجن باللبن الحامض أو غيره ويصير ذلك من قاعدة مدعجوة وقد وقع في كلام الامام اطلاق الكشك يعنى آخر شرحه ابن الرفعة بالقمح المهروش المزال عنه القشر فقط الذي يعمل منه طعام القمحية وليس ذلك المراد هنا وقد تقدم الكلام على ذلك وأنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وعدم جواز الجبن باللبن نص عليه الشافعي في باب بيع لأجل من الأم ولا صواب وماله اذا كانا من جنس واحد (فائدة) قال الاصمعي أو اللبني البأ مقصور مهموز *

﴿ فرع ﴾ جزم ابن أبي هريرة في التعليق بأن الرائب بالزبد جائز قال لأن ما فيه تابع *

﴿ فرع ﴾ بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان إنما يجوز اذا لم يكن في واحد منهما ماء

ثلاثة على الوجهين لانا ان جمعنا جمعنا في الطرفين وان لم يجمع كان مستثنيا درهما من درهم وحكم هذه الصورة في الطلاق كحكمها في الاقرار وقد ذكر صاحب الكتاب أكثرها في الطلاق ولو قال علي عشرة الا خمسة أو ستة قال في التمه يلزمه اربعة لان الدرهم الزائد مشكوك فيه فصار كما لو قال علي خمسة أو ستة لم يلزمه الا خمسة ويمكن أن يقال يلزمه خمسة لانه اثبت العشرة واستثنى منه خمسة واستثنى درهم زائد مشكوك فيه فلو قال علي درهم غير دائق ففضية النحو وبه قل بعض اصحاب أنه ان نصب غير فعليه خمسة دوائق لانه استثناء والا فعليه درهم تمام اذ المعنى عليه درهم لادائق وقال الا كثرون السابق الى فهم أهل العرف منه الاستثناء فيحمل عليه وان أخطأ في الأعراب والله اعلم *

قال ﴿ السادسة الاستثناء من غير الجنس صحيح كقوله على ألف درهم لأتوب معناه قيمة توب * ثم ليفسر بما ينقص قيمته عن الألف * فلو استغرق بطل تفسيره في وجهه * وأصل استثناءه في وجهه ﴾ *

الاستثناء من غير الجنس صحيح كما إذا قال على ألف درهم إلا توباً أو عبداً وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح إلا المكيل والموزون والمعدود ويستثنى بعضها من بعض مع اختلاف الجنس وقال أحمد لا يصح ذلك بحال وحجة المذهب مشهورة في الأصول ثم عليه أن يبين توباً وتستغرق قيمته الألف فان استغرق فالتفسير لغو وفي الاستثناء وجهان (أحدهما) أنه لا يبطل لأنه صحيح من حيث اللفظ وإنما الخلل

قال أبو الطيب وغيره في قال الشافعي في الأم ولا خير في الحليب بالمضروب لأن في المضروب ماء فان كان يطرح فيه بالضرب فهذا معني آخر فلا يجوز بيع الدوغ بالحليب لأنه يؤدي الى تفاضل اللبنيين وحملوا قول الشافعي على الخيض الذي طرح فيه ماء للضرب *

(تنبيه) بيع الشيء بما يتخذ منه يمتنع في جميع المطاعم لا اختصاص له باللبن جائز في الذهب والفضة كالمداخل والصوابي المصبوغة نقل المحاملي هذا الاصل عن نصه في الصرف والفرق بينهما أن الذهب والفضة اذا اتخذ منه مصوغ فان ذلك لا يتخذ لا يستحيل بالصياغة بل هو ذهب وفضة على ما كان عليه وما يتخذ من المطاعم يستحيل عن صفته فاذا بيع بأصله كيلا بكيل حصل التفاضل بالنسبة الى حالة الادخار *

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فانه ان باع السمن بالسمن جاز لانه لا يخالطه غيره قال الشافعي رحمه الله والوزن فيه أحوط وقال أبو اسحق يباع كيلا لان أصله الكيل • ﴾

فما فسر به اللفظ فيقال له هذا التفسير غير صحيح ففسره بتفسير صحيح (والثاني) أنه يبطل الاستثناء ويلزمه الألف لانه بين ما أراد باللفظ فكأنه تلفظ به والوجه الأول أصح عند صاحب التهذيب وقال الامام وغيره الثاني أصح وهو الأشبه ويصح استثناء الجمل من الجمل والجمل من المفصل وبالعكس فالأول كما اذا قال الف إلا شيئاً فيبين جنس الألف أو لا ثم يفسر الشيء بما لا ينفردق الألف من الجنس الذي بينه المفسر به (والثاني) كما اذا قال شيء إلا درهماً يفسر الشيء بما يزيد على الدرهم وان قل وكذا لو قال الف إلا درهماً ولا يلزمه من استثناء الدرهم أن يكون الألف دراهم ومهما بطل التفسير في هذه الصورة ففي بطلان الاستثناء الوجهان وان اتفق اللفظ في المستثنى والمستثنى منه كما اذا قال على شيء إلا شيئاً أو مال إلا مالاً فقد حكى الامام عن القاضي وجهين (أحدهما) أنه يبطل الاستثناء كما لو قال على عشرة إلا عشرة (والثاني) لا يبطل لوقوعه على القليل والكثير فلا يمتنع حمل الثاني على أقل ما يتمول وحمل الاول على الزائد على أقل ما يتمول قال وفي هذا التردد غفلة لانا إن أغينا استثناءه اكتبنا بأقل ما يتمول وان صحناه ألزماه أيضاً أقل ما يتمول فيتفق الجوابان ويمكن أن يقال حاصل الواجب لا يختلف لكن التردد غير خال عن الفائدة فانا اذا أبطلنا الاستثناء لم نطالبه الا بتفسير اللفظ الأول وان لم نبطله طالباه بتفسيرهما وله آثار في الامتناع من التفسير وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء الأول وما أشبه ذلك *

قال ﴿ السابعة الاستثناء عن العين صحيح كقوله هذه الدار لفلان الا ذلك البيت • والخاتم

﴿ الشرح ﴾ يجوز بيع السمن بالسمن وممن جزم به ابن أبي هريرة والشَّيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين والرافعي لما ذكره المصنف ولأنه لا يدخر ولا يتأثر بالنار وأطلق كثيرون المسألة ولم يحكموا فيها خلافاً وحكى الماوردي وجهاً أن الجامد لا يباع بعضه ببعض لأن أصله الكيل وهو متعذر في هذه الحالة وهذا الوجه مردود مخالف لاطلاق الشافعي والأصحاب وصورة المسألة في السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم أما سمن الغنم بسمن البقر فقد حكينا خلافاً في كون الاسمان جنساً أو أجناس فعلى الأول الحكم كذلك وعلى الثاني يجوز يدا بيد وهو الذي أورده الصيمري في شرح الكفاية أي وإن كان متفاضلاً وإذا بيع السمن بالسمن يباع وزناً على الصحيح ونص عليه الشافعي كما قاله المصنف وقد صرح الشافعي رحمه الله في باب الاجتهاد من كتاب الرسالة أن السمن والعسل والزيت والسكر موزونات وقال أبو عبيد في غريب الحديث إن السمن عند أهل المدينة بالوزن واستدل هو والشافعي على ذلك بأثر نقله عن عمر رضي الله عنه •

الا الفص • وهؤلاء العبيد الا واحداً • ثم له التعيين • فان ماتوا الا واحداً فقال هو المستثنى قبل • وقيل فيه قولان •

صحته من المطلقان كما اذا قال هذه الدار لفلان الا هذا البيت وهذا القميص الا كفيه وهذه الدراهم الا هذا الواحد وهذا القطيع الا هذه الشاة ونظائره وفيه وجه أنه لا يصح لان الاستثناء المعتاد هو الاستثناء من الاعداد المطلقة واما المعينات فلا استثناء فيها غير معهود ولا أنه إذا أقر بالمعين كان ناصاً على ثبوت الملاك فيه فيكون الاستثناء بعده رجوعاً والاول ظاهر المذهب وقد نص عليه في بعض الصور المذكورة واقتصر في الكتاب ههنا على ما هو الظاهر لكنه قال في الطلاق لو قال أر بعثت طوائق الا ثلاثة لم يصح هذا الاستثناء عند القاضي الحسين كما لو قال هؤلاء الا عبد الأربعة لفلان الا هذا الواحد لم يصح لان الاستثناء في المعين لا يعتاد وأجاب بعدم الصحة من غير ذكر الخلاف والكلام في مسألة الطلاق يأتي في موضعه ولو قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحداً فالمستثنى منه معين والمستثنى غير معين وهو الصحيح إذا جوزنا الاستثناء من المعين والرجوع اليه في غير المعين فان ماتوا الا واحداً فقال هو الذي أردته بالاستثناء قبل قوله مع يمينه لانه محتمل وفيه وجه أنه لا يقبل للهمة ونذرة مثل هذا الاتفاق وهو ضعيف باجماع من نقله (وقوله) في الكتاب قبل وقيل فيه قولان يقتضي أولاً أن يكون الخلاف قولاً وثانياً إثبات طريقين طريقة جازمة وطريقة خلافية وفيهما نظر من جهة النقل ولو قال غصبتهم الا واحداً فماتوا الا واحداً فقال هو المستثنى قبل بلا خلاف لان أثر الاقرار ينفي

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه في الام في باب جماع السلف في الوزن لا بأس أن يسلف في شيء وزنا وان كان يباع كيلا ولا في شيء يباع كيلا وان كان يباع وزنا اذا كان لا يتجافى في المكيال مثل الزيت الذي هو ذائب ان كان يباع في المدينة في عهد النبي ﷺ ومن بعده وزنا فلا بأس أن يسلف فيه كيلا وان يباع كيلا فلا بأس أن يسلف فيه وزنا ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الآدم فان قل قائل فكيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم قلنا الله أعلم * أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه فاما ما قل منه فيبيع كيلا والجملة الكبيرة تباع وزنا ودلالة الاخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا أكل سمنا مادام السمن يباع بالأواق وتشبه الأواق أن تكون كيلا انتهى كلام الشافعي رضي الله عنه وفي قوله وتشبه الأواق أن تكون كيلا نظر وقد قال الشافعي في الأم في باب الآجال ما يمكن أن يتمسك بظاهره في أن السمن مكيل فانه قال ولا يجوز اللبن بالبن إلا مثلاً بمثل كيلا بكيل يدا بيد وتكلم في أجناس اللبن وأحكامها ثم قال بعد ذلك والسمن مثل اللبن فظاهره أنه مثله في جميع الأحكام المذكورة ومن جملتها

في الضمان وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى الا واحداً لان حقه يثبت في القيمة فلو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت منها لي أو هذا الخاتم لفلان وفصه لي قبل لأنه اخراج بعض مما يتناوله اللفظ فكان كاستثناء وقد فرغنا من شرح أبواب الكتاب سوى الأخير ونذكر قبل الشروع فيه مسائل وفروع بقيت علينا مما يورد تعدد في الاقرار وان كان بعضها أجبننا عنه (منها) جارية في يد انسان جاء غيره وقال بعثك هذه الجارية بكذا أو سلمتها اليك فأد الثمن وقال من في يده بل زوجتنيها على صداق كذا وهو على فاما أن يجري هذا التنازع وصاحب اليد لم يولدها أو يجري بعد أن أولدها (فاما) في الحالة الأولى فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر فان حلفا سقط دعوى الثمن والنكاح ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد أو لم يدخل لأنه وان أقر بالمهر لمن كان مالكا فهو منكركه وتعود الجارية إلى المالك ثم أحد الوجهين أنها تعود اليه كما يعود المبيع إلى البائع لافلاس المشتري بالثمن (والثاني) أنها تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه وهو يستحق الثمن عليه فقد ظفر بغير جنس حقه من ماله فعلى هذا يبيعها ويستوفي ثمنها فان فضل شيء فهو لصاحب اليد ولا يحل له وطؤها وعلى الأول يحل له وطؤها والتصرف فيها ولا بد من التلفظ بالفسخ وان حلف أحدهما دون الآخر نظر ان حلف مدعى الثمن على نفي التزويج ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء حلف المدعي اليمين المردودة على المشتري ووجب الثمن وان خاف صاحب اليد على نفي الشراء ونكل الآخر على نفي التزويج حلف صاحب اليد المردودة على النكاح وحكم له بالنكاح وبأن رقبتهما للآخر ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو

الكيل لكن تصریح الشافعی الذي تقدمت حکایته مقدم على هذا الظاهر ومبين أن ذلك غير عائد الى جميع ما تقدم في كلام الشافعی والله أعلم • وفصل القاضی حسین بین أن يكون ذائباً أو جامداً فان كان جامداً يباع وزناً وان كان ذائباً يباع كيلاً وتبعه على ذلك صاحب التهذيب والرافعي وقال انه توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون فحكوا عن المنصوص أنه يوزن وعن أبي اسحق أنه يكال واستحسنه في الشرح الصغير والماوردي جزم في الذائب بالكيل وحكى في الجامد وجهين (أحدهما) لا يجوز بيع بعضه ببعض لان أصله الكيل (والثاني) يجوز وزناً لان الوزن أخصر والكيل فيه متعذر •

(فرع) قال الشافعی في الام ولا خير في سمن غنم بزبد غنم بحال لان السمن من الزبد يقع متفاضلاً أو مجهولاً وهما مكيلان أو موزونان في الحال التي يتبايعان ومن صنف واحد (فائدة) الأسمان أجناس مختلفة نص عليه الشافعی في الام في تفريع الزيت من العسل وقد تقدم قول صاحب الرونق في حکاية القولين فيها. وقال الروياني ان سمن الغنم وسمن البقر يجب أن يكونا على قولين كالالبان والذي قاله الروياني متعين لانا اذا قلنا الالبان جنس واحد لزمه أن تكون الاسمان كذلك

غيره حلت السيد في الظاهر وكذا في الباطن ان كان كاذباً وعن القاضی الحسين أنه اذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والاثبات والمذهب الأول (الحالة الثانية) اذا كان قد أولدها صاحب اليد فالولد حر والجارية أم ولد باعتراف المالك القديم وهو يدعي الثمن فيحلف صاحب اليد على نفيه فان حلف على نفي الشراء لسقط عنه الثمن المدعى وهل يرجع المالك عليه بشيء فيه وجهان (أحدهما) أنه يرجع بأقل الأمرين من الثمن أو المهر لأنه يدعي الثمن وصاحب اليد مقر له بالمهر فالأقل منهما متفق عليه (والثاني) لا يرجع بشيء لان صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه والمهر الذي يقر به لا يدعيه الآخر ولا يثبت له من المطالبة به وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعد ما حلف على نفي الشراء فيه وجهان (أحدهما) لا لانه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد لآخر لم يقبل فكيف يحلف على ما لو أقربه لم يقبل (والثاني) نعم طمأناً في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح فلو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء حلف المالك القديم المردودة واستحق الثمن وعلى كل حال فالجارية مقررة في يد صاحب اليد فانها أم ولده أو زوجته وله طؤها في الباطن وفي الظاهر وجهان (أحدهما) الحل ووجه المنع أنه لا يدرى أنه يطأ زوجته أو أمته اعتذر الامام عن هذا النص فقال ليس المنع في هذه الصورة لاختلاف الجهة بل لان الملك في زمن الخيار للمشتري على قول واذا ثبت الملك انفسخ النكاح والمالك الثابت ضعيف لا يفيد حل الوطء ونفقتها

للاتحاد في الاسم والأصل وقد تقدم عن الزخائر أن السمن مخالف لسائر الادهان فلا خلاف أى
سواء قلنا الادهان جنس أو احناس والله أعلم •
* قال المصنف رحمه الله •

﴿ فان باع الزبد بالزبد ففيه وجهان ﴾ (أحدهما) يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن
(والثاني) لا يجوز لان الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد •

﴿ الشرح ﴾ جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي بأنه لا يجوز بيع الزبد بالزبد لما ذكره المصنف
في تعليل ذلك ولانهما أيضا علي غير حالة الادخار وجزم في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة
بالجواز وأبو الطيب حكى الوجهين كما حكاهما المصنف والصيمري وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين
والامام حكاية عن الصيدلاني فاحد الوجهين الجواز قال الماوردي وهو أصح عندي وبه قال
ابن أبي هريرة كما تقدم عن تعليقه لان ما في الزبد من بقايا اللبن غير مقصود فكان كالنوى في التمر
وبيع الحليب بالحليب وقال الفوراني والرويانى ان قول المنع حكاه القاضي أبو حامد والمزواودي عن

على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء وإلا فوجهان ذكرهما أبو اسحق (أحدهما) أنه على المالك
القديم لانها كانت عليه فلا يقبل قوله في سقوطها وإن قبلها عليه وهو زوال المالك وزوال الاستيلاء
(وأصحها) أنها في كسب الجارية ولا يكلف بها المالك القديم كما لا يكلف بنفقة الولد وإن
كانت حرية مستفادة من قوله أيضا فعلى هذا لو لم يكن لها كسب كانت من محايج المسلمين
ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ماتت رقيقة والمالك القديم أخذ الثمن مما تركته من
اكتسابها لان المستولد يقول أنها بأسرها له وهو يقول أنها للمستولدة وله عليه الثمن فيأخذ
حقه منها والفاضل موقوف لا يدعيه أحد وإن مات بعد موت المستولدة ماتت حرة وما لها لوارثها
النسيب فان لم يكن فهو موقوف لان الولاء لا يدعيه واحد منهما وليس للمالك القديم أخذ الثمن
من تركتها لان الثمن بزعمه علي المستولدة وهي قد عتقت بموته فلا يؤدي دينه بما جمعه بعد
الحرية هذا كله فيما إذا أصرأ على كلامها أما إذا رجع المالك القديم وصدق صاحب اليد لم يقبل
في حرية الولد وثبوت الاستيلاء ويكون اكتسابها له مادام المستولد حيا فإذا مات عتقت وكان
اكتسابها له ولو رجع المستولد وصدق المالك القديم لزمه الثمن وكان ولاؤها له (ومنها) اقرار الورثة على
الميت بالدين والعين مقبول كإقراره ولو أقر بعض الورثة عليه بدين وانكر البعض فتقولان القديم
وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ان على المقر أيضا جميع الدين من نصيبه من التركة إن كان وافيا
والأصرف جميع نصيبه اليه لان الدين مقدم على الميراث فإذا أقر بدين على الميت لا يحل له شيء

الشافعي والا كثرون انما حكوا ذلك وجهين والاصح عند ارافعي المنع لان ما فيه من الخيض يمنع الماثلة وهو قريب مما علل به المصنف وشبهه الامام ذلك ببيع الشهد بالشهد فان صفات السمن لأثمة من الزبد كما العسل في الشهد بخلاف اللبن باللبن فانه في مدرك الجنس كالجنس الواحد (فان قلت) الرغبة التي في الزبد غير مقصودة (قلت) وان لم تكن مقصودة الا أنها تؤثر في التماثل والجنس متحد فيصير كبيع حنطة بحنطة مشتملة على حبات من الشعير تؤثر في الكيل فان ذلك باطل وان لم تكن الحبات من الشعير مقصودة لاجل اتحاد الجنس * والمراد بالزبد اذا كان من جنس واحد كزبد الغنم بزبد الغنم فلو اختلف الجنس جاز قاله الصيمري وغيره وما في كل منهما من اللبن والرغوة غير مقصود والماثلة غير واجبة * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع الخيض بالخيض نظرت فان لم يطرح فيه الماء جاز لأنه يبيع لبن بلبن وان طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل المائين وتفاضل اللبنين ﴾ *

من التركة ما بقي شيء من الدين ويحكي هذا عن ابن سريج واختاره القاضي الروياني والجديد أنه لا يلزمه من الدين الا نسبة نصيبه من التركة لأن الوارث لا يقر بالدين على نفسه وانما يقر على الميت بحكم الخلافة عنه وأيضا فان أحد الشريكين في العبد المشترك اذا أقر بمجزية لم تلزمه الا بحصته فكذلك ههنا وقل بعض المتلقين عن الشيخ ابن عاصم يجب القطع بأن على المقر توفية جميع الدين مما في يده عند الامكان فان المقر في حقه لا ينفذ عن الأجنبي في جملة التركة واو أقر أجنبي بدين في التركة يستغرقها لزمه قراره حتى اودقت التركة يوما من الدهر الرم بعرفها الى ذلك الدين والقولان محمولان على أن باقراره ثبت جميع الدين على الميت تبعا لثبوته على المقرام لا يثبت الا حصته وفائدة التقدم على الوصية فلي قول يتقدم جميع الدين المقر به على الوصايا وعلى قول حصته والمشهور الأول (واذا قلنا) بالجديد فلو مات المنكر ووارثه المقر فهو ملزمه جميع المقر به الآن فيه وجهان (أصحهما) نعم لحصول جميع التركة في يده ويتفرع على القوانين فرعان (أحدهما) لو شهد بعض الورثة بدين على المورث (ان قلنا) لا يلزمه بالاقرار الا حصته تقبل (وان قلنا) الجميع لم تقبل لأنه متهم باسقاط بعض الدين عن نفسه ولا فرق بين أن تكون الشهادة بعد الاقرار أو قبله لأنه متهم بالعدول من طريق الاقرار الى طريق الشهادة وعليه اظهار ما على مورثه بأحد الطريقين وعند أبي حنيفة ان شهد قبل الاقرار قبل وان شهد بعده فلا (الثاني) كيس في يد رجلين فيه الف درهم فقال أحدهما لثالث لك نصف ما في الكيس فيحمل اقراره على النصف الذي في يده او على نصف ما في يده وهو ربع الجميع فيه وجهان بناء على القوانين السابقين ونحو على الخلاف فيما اذا أقر بأحد الشريكين في العبد المشترك بالسوية بنصفه أنه يحمل على نصيبه أم يوزع النصف

(الشرح) تقدم في كلام المصنف أن الخيض لبن نزع منه الزبد فلذلك لم يحتج إلى تقييده بأن يكون منزوع الزبد فإذا كان زبده فيه لا يجوز بيعه فلا يباع بمثله ولا بزبد ولا سمن • أما المنزوع الزبد وهو الدوغ فيباع بالزبد والسمن نص عليه الشافعي والأصحاب • وأما بيعه بمثله فإن لم يكن فيه ماء جاز المائة جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين ومال المتولى إلى المنع لأنه ليس على حالة الادخار ولا على حال كمال المنفعة فليكن كبيع الدقيق بالدقيق فإنه مجهول التساوى حالة الكمال وإن طرح فيه ماء للضرب وهو (١) لم يجز جزم به أبو الطيب والقاضي حسين وصاحب التتمة وقال أنه لا خلاف فيه كما ذكره المصنف وهو مقتضى كلام الرافعي ولا فرق فيما فيه ماء بين أن يباع بمثله أو بالخالص ومن صرح بذلك القاضي حسين • واعلم أن الشافعي رضي الله عنه نص على أنه لا يجوز السلف في الخيض قال لأنه لا يكون مخيضاً إلا بإخراج زبده وزبده لا يخرج إلا بالماء ولا يعرف المشتري كم فيه من الماء خلفاء الماء في اللبن انتهى • وهذا الكلام من الشافعي يقتضى أنه لا يجوز بيع الخيض بالخيض مطلقاً فإن كان في الخيض ما يتصور نزع الزبد منه بغير ماء صح كلام الأصحاب وزم القول بجواز السلم فيه وكذلك أطلق الصيمري أنه لا يجوز بيع الخيض بالخيض لأجل الماء وكذلك قال الماوردي أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا أن طريق إخراج الزبد بغير ماء فيجوز بيعه بمثله فينزل كلام المصنف على ذلك •

(١) يياض
بالأصل فخر

المقر به علي النصفين وهذا الخلاف الثاني مذکور في الكتاب في باب العتق (ومنها) مات عن اثنين فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة فهو كما لو أقر عليه بدين فعلى القديم تتعلق كل العشرة بثلث نصيبه وعلي الجديد يتعلق نصف العشرة بثلث نصيبه وبه قال أبو حنيفة بخلاف ما قال في الإقرار بالدين ولو أقر أحدهما بأنه أوصى بربع ماله وأنكر الآخر فعلى المقر أن يدفع ربع ما في يده إلى الموصى له ولو أقر بأنه أوصى بعين من أعيان أمواله نظر أن لم يقتسمها التركة فنصيب المقر في تلك العين يصرف إلى الموصى له وإن كانت في يد المنكر فالموصى له أخذ نصف القيمة من المقر لأنه فوته عليه بالقسمة ولو شهد المقر للموصى له قبلت شهادته ويغرم المشهود عليه نصف قيمة العين كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً (ومنها) لو قال لعبد أعتقتك على ألف وطأ به بالألف فأنكر العبد وحلف سقط دعوى المال وبحكم يعتق العبد لإقراره وكذلك لو قال بعث منك ابنك بكراً فأنكر فكذلك لا اعترافه بصيرورته حرّاً إذا دخل في ملك أبيه (ومنها) إذا قال لفلان عندى خاتم ثم جاء بنخاتم وقال هذا الذى أقررت به فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قل في موضع لا يلزمه التسليم قال الأصحاب الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له والثاني على ما إذا قال الذى أقررت به غيره وليس هذا إلى فلا يسلم ما جاء

﴿ فرع ﴾ قال أبو الطيب وأما ما بعد ذلك من الألبان المعقودة فلا يجوز بيع بعضها ببعض
لكون بعضه أشد انعقاداً من بعض ولخاططة بعضه للملح والانتفحة (قلت) ويجب حمل ذلك على ما
إذا كان يؤثر في كيله كما ستعرفه عن قرب *

﴿ فرع ﴾ دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقاً بجنسه وبغيره للجهل بالمقصود فإن الماء في
اللبن غير مقصود ومقداره مجهول ومن نص على ذلك الصيمري في شرح الكفاية هكذا أطلقوه وينبغي
أن يحمل ذلك على ما هو الغالب من الجهل بمقدار الخليط أما لو شاهد البائع والمشتري اللبن والماء
وعلموا مقدارهما ثم خلطاهما وتبايعا فلا مانع من الصحة إذا كان البيع بنقد أو شبهه أما إذا كان البيع
بلبن مثله أو خالص فينبغي أن يقال إن كان الماء يسيراً بحيث لا يؤثر في المكيال جاز لأن اللبن مكيل
كما تقدم مثله في الحنطة المشونة بحبات يسيرة من الشعير إذا بيعت بمثلها وكذلك يقتضيه كلام ابن
الصباغ فإنه قيد الخاططة من الماء والملح بكونه يؤثر في كيله وعليه يحمل إطلاق غيره وإن كان كثيراً فإن
كان اللبنان جنساً واحداً امتنع لقاعدة مدعجوة وإن كانا جنسين فسأفرد لهما فرعاً هنا قريباً إن شاء
الله تعالى ولا اختصاص لهذا الكلام بالخيض بل هو جار في الحليب وغيره من أنواع اللبن والمصنف
إنما تسكّم فيه إلى الخيض لانه الذي يخالطه الماء غالباً والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو راع الخيض بعد إخراج الزبد منه بالزبد أو السمن قال الشافعي في المختصر فلا
بأس ومن نص عليه من الأصحاب نصر *

به إليه والقول قول المقر في نفي غيره *

﴿ الباب الرابع في الإقرار بالنسب ﴾ ومن هو من أهل الإقرار *

قال ﴿ إذا قال لغيره هذا ابني التحق به بشرط أن لا يكذبه الحس بأن يكون أكبر سنّاً منه *
أو الشرع بأن يكون مشهور النسب * أو المقر له بأن يكون بالغاً فينكر * فلو استأحق مجهولاً بالغاً
وواقفه لحق * ولو كان صغيراً لحق في الحال حتى يتوارثان في الصغير * فلو بالغ وأنكر ففي اعتبار
إنكاره بعد الحكم به خلاف * ولو مات صبي وله مال فاستأحقه ثبت نسبه وورث * وإن كان بالغاً
فاستأحقه بعد الموت ففيه خلاف * لأن تأخير الموت يوشك أن يكون خوفاً من إنكاره *
الإقرار بالنسب لا يصح إلا إذا كان المقر بالصفات المعتبرة في المقرين كما سبق ثم لا يخلو إما أن
يلحق النسب بنفسه أو بغيره (القسم الأول) أن يلحق النسب بنفسه فيشترط فيه أمور (أحدها) أن
لا يكذبه الحس ويكون ما يدعيه ممكناً فلو كان في سن لا يتصور أن يكون ولداً للمستحق بأن كان
أكبر سنّاً منه أو مثله أو كان المستحق أكبر ولكن بقدر لا يولد لمثله فلا اعتبار بإقراره ولو قدمت

﴿ فرع ﴾ لو باع ابن غنم بابل بقر وفرعنا على الصحيح في أنهما جنسان جاز متفاضلا بشرط التقابض فان كان أحدهما أو كلاهما مشوباً بالماء وكان الماء مجهول المقدار لم يصح للجهل بالمقصود وان كان معلوماً كما فرضته فيما تقدم فينبغي على قياس ما تقدم أن يقال إن كان الماء يسيراً غير مقصود صح كبيع الجنطة بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر غير مقصودة ولا يعتبر بأثرها في الكيل لاختلاف الجنس وان كان كثيراً بحيث يقصد (فان قلنا) الماء مملوك ربوي لم يجوز لقاعدة مدع (وان قلنا) مملوك غير ربوي تأتي فيه الطريقة التي ذكرها البغوي في الحلول من التخرج على القول في الجمع بين مختلفي الحكم لان البنين يشترط التقابض فيهما بخلاف الماءين (وان قلنا) الماء ليس بمملوك أصلاً فيأتي فيه ما مر في مسألة الحلول فليطالع التنبيه الذي هناك وكذلك يجوز أن يباع لبن الغنم بزبد البقر وزبد الغنم بسمن البقر وسمن الغنم بسمن البقر يدأ بيد قاله الصيمري وقد تقدم ذلك معروفاً في مواضعه • قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ وان باع الجبن أو الاقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجوز لان أجزاءها منعقدة ويختلف انعقادها ولان فيها ما يخالطه الملح والانتعة وذلك يمنع التماثل ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ الاحكام المذكورة جزم بها الشيخ أبو حامد رأس العراقيين والقاضي حسين رأس المراوزة وغيرهما والثلاثة الأولى جزم بها المحاملي والرافعي والقاضي حسين والبغوي وعلة انعقاد أجزاء

امرأة من الروم أو غيرها من بلاد الكفر ومعها صبي فادعاه رجل من المسلمين لحقه إن احتمل أنه خرج اليها أو أنها قدمت قبل ذلك وان لم ينقدح احتمال لم يلحقه (والثاني) ان لا يكذبه الشرع بان يكون المستلحق معروف النسب من غيره لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق أو يكذبه وفيما جمع من فتاوى القفال أن المنفي باللعان لا يصح استلحاقه لأن فيه شبهة الملاءن (والثالث) أن يصدقه المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه فان استلحق بالغا فكذبه لم يثبت النسب إلا أن يقيم عليه بينة فان لم تكن بينة حلقه فان حلف سقط دعواه فان نكل حلف المدعى وثبت نسبه وكذا لو قال رجل لآخر أنت أبي فالقول قول المنكر مع يمينه وان استلحق صغيراً ثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات ويرث هو لو مات الصغير وان استلحق صغيراً فلما بلغ كذبه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يندفع النسب لأننا إنما حكمنا به حين لم يكن انكار (وأظهرهما) أنه لا يندفع لأن النسب مما يحتاط له فاذا حكم بثبوته لم يتأثر بالانكار كما لو ثبت بالبينة وعلى هذا فلو أراد المقر تحليفه قل ابن الصباغ ينبغي أن لا يمكن منه لأنه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه ولو استلحق مجنوناً فوافق وأنكر فهو على الوجهين ولو استلحق صبياً بعد موته لحقه كان له

بالنار شاملة لجميعها اللبأ وغيره وكذلك علة مخالطتها لغيرها في الجبن الانفحة وفي الاقط المالح وفي
المصل الدقيق وأما اللبأ فليس فيه الا النأثر بالنار وكذلك حكى الامام عن شيخه انه ذكر ان
أثر النار قريب وهو مشبه بالسكر في المعقودات وكذلك قول الرافعي ان في بيع اللبأ
باللبأ وجهين كما في السكر بالسكر وما ذكره الامام في تفسير اللبأ يحتاج إلى قيد آخر وهو
أن يكون محلها عقيب الولادة بحسب مانعته في بلادنا ولعل ذلك مراد الامام من قوله
أول الحلبة من الدرة الاولى ونقل العجلي عن صاحب المعتمد انه قال لو دق المصل حتى أمكن
كيله يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبالبن ولعل مراده بالمصل مالا دقيق فيه أما إذا فرض فيه
الدقيق فيمتنع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم * وفي البحر أن بيع المصل بالمصل إنما لا يجوز لأنه لا يمكن
كيلها فان دقا جميعا حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه بالبن أيضاً قال
وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح فان خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف وادعي الامام
الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن وقال الماوردي ان الجبن بالجبن لا يجوز واختلاف أصحابنا في
علة المسانعة فقال ابن سريج لأن أصله الكيل وهو متعذر وقال غيره لأن فيه الأنفحة يحمدها
تمنع من التماثل فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيلاً وصار ناعماً جاز بيع بعضه ببعض على قول ابن
سريج لا يمكن كيله ولم يجز على قول غيره لبقاء الأنفحة فيه والله أعلم * قال الامام وأجمع الاصحاب

مال أو لم يكن ولم ينظر الى التهمة بطالب المال بل يورث لان أمر النسب مبني على التغلب ولهذا
نثبت له مجرد الامكان حتى أنه لو قتله ثم استلحقه قبل ويحكم بسقوط القصاص وقال أبو حنيفة رحمه
الله لا يلحقه (وأما) إذا كان بالغاً ففيه وجهان لان شرط لحوق البالغ تصديقه ولا تصديق ولان تأخير
الاستلحاق إلى الموت يوشك ان يكون خوفاً من انكاره وهذا أظهر عند القاضي الحسين وصاحب
التهذيب والاكثر على أنه يلحقه كالتصغير ومنعوا كون التصديق شرطاً على الاطلاق بل هو
شرط إذا كان المستلحق أهلاً للتصديق (وأما الكلام الثاني) فهو تمسك بالتهمة وقد بينا أنه لا اعتبار
بها في النسب ويجرى الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طراً جنونه بعد ما باع عاقلاً ولو ازدحم أنه ان
فصاعداً على الاستلحاق نظر ان كان المستلحق بالغاً ثبت نسبه ممن صدقه وان كان صبيغاً لم يلحق بواحد
منهما بل الحكم ما هو مذكور في الكتاب في باب اللقيط فاذا عدم زحمة الغير شرط رابع للحقوق
وهذا كله فيما إذا كان المستلحق ذكراً حراً (أما) استلحاق المرأة والعبد فسيأتيان في اللقيط ولو استلحق
عبد الغير أو معتقته لم يلحقه ان كان صغيراً محافظة على حق الولاء للسيد بل يحتاج إلى البينة وان
كان بالغاً وصدقه ففيه خلاف نذكره هناك ولو استلحق عبداً في يده نظر ان لم يوجد الامكان بان

علي منع بيع الاقط بالاقط وذلك أنه إن كان مختلطاً بملح كثير يظهر له مقدار التحقق ببيع المختلط وان لم يكن فيه ملح فهو معروض على النار والنار فيه تأثير عظيم فيلتحق الكلام فيه بالمنعقد ولم يفصلوا بين أن يكون عقده بالنار أو بالشمس الحامية (قلت) إذا كان عقده بالشمس الحامية ولا ملح فيه فقد تقدم عن الامام في العسل إذا شمس كذلك بشمس الحجاز وبحث وقال ان النار تؤثر تأثيراً مستويماً فهلا قال ذلك هنا وجوز على مساقه ببيع بعضه ببعض كالعسل إلا أن يقول إن الكلام هنا في المنعقد ولا فرق في سببه بين النار والشمس إذا وجد الانعقاد والكلام هنا في التصفية بدون الانعقاد * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما بيع نوع منه بنوع آخر فانه ينظر فيه فان باع الزبد بالسمن لم يجز لان السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشريح بالسمن وان باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله هما كالجنسين فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بلا خلاف وان باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز وقال أبو اسحق لا يجوز لان في الزبد شيئاً من المخيض فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح لان الذي فيه من المخيض لا يظهر الا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر لانه يؤدي الى التفاضل ﴾ *

كان أكبر سناً منه كفي قوله وان وجد فان كان مجهول النسب لحقه إن كان صغيراً وحكم بعقده وكذا إن كان بالغاً وصدقه وان كذبه لم يثبت النسب وفي العتق وجهان وكذا لو كان المستلحق معروف النسب من غيره (وأما) لفظ الكتاب فقوله التحقق به يجوز اعلامه - بالميم - لان البندنجي حكى عن مالك أنه ان شاع في الناس انه استلحق من ليس ولداً له لم يلحقه وان اجتمعت الشرائط التي ذكرناها (وقوله) أو المقر له ليس فيه الا اعتبار عدم التكذيب وهو معتبر لانه غير مكفي به بل المعتبر تصديقه عند الامكان صرح به صاحب الشامل وغيره وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب (وقوله) فلو استلحق مجهولاً بالغاً لفظ المجهول لضرورة اليه في هذا الموضع فانه قد بين اشتراطه من قبل واذا كنا في شرط لم نحتاج فيه إلى التعرض لسائر الشرائط إلا للايضاح *

﴿ فرع ﴾ لو استلحق بالغاً عاقلاً وواقفه ثم رجعا قال ابن أبي هريرة رحمه الله يسقط النسب كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقر له وعن الشيخ أبي حامد أنه لا يسقط لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق كما لو ثبت بالفراش *

قال ﴿ ولو كان له أمتان ولكل واحدة ولد ولا زوج لهما فقال أحدهما ابني علقته به أمه في

(الشرح) فيه مسائل (أحدها) بيع الزبد بالسمن قال الشافعي في المختصر ولا خير في سمن غنم بزبد غنم واتفق الأصحاب على ذلك الصيمري والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والحاملي وابن الصباغ والماوردي والرافعي وغيرهم لما ذكره المصنف ولتحقق المفاضلة سبب ما فيه من الابن هكفا عله الرافعي ولك أن تقول قد تقدم أن السمن قليل فاذا كان الابن المختلط بالزبد يسيرا بحيث لا يؤثر في السكياك أشبه التراب المختلط بالحنطة فينبغي أن يجوز على هذه العلة (وأما) العلة الأولى التي ذكرها المصنف فإن السمن حاصل في الزبد بالتقدم حصول الدقيق في الحنطة (وأما) الشيرج فكأنه في السمن لا يظهر ولذلك يجوز بيع السمن بالسمن فلا يصح أن يقال أن السمن مستخرج من الزبد إلا أن يقال إن ذلك من باب الأولى (١) بما هو كائن فيه فلا يمتنع بما هو ظاهر فيه أولى وهو صحيح (المسألة الثانية) السمن بالمخيض جزم الشيخ أبو حامد ونصر المقدسي والحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين بالجواز كما نقله المصنف عن النص ونقله أبو الطيب عن كتاب الصرف والاملاء وعن الزني هنا وقد رأيت في الصرف في بيع الضمان ونقله الحاملي عن المختصر وما أظن فيه خلافاً وما نقله المصنف عن أبي الطيب لم أره في تعليقه وهو زيادة على الحكم المنقول عن النص فانه أطلق الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلا كما قال القاضي أبو الطيب وكذلك ابن الصباغ وصاحب التهذيب ويحتمل أن يراعى شرط التماثل وهو بعيد قال

ملكي طولب بالتعيين • فان عين ثبت نسبه وعتقه وأميه الولد للام • فان مات كان تعيين الوارث كتعيينه • فان عجزنا عنه فالحاق القائف كتعيينه • فان عجزنا فيقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق ولم يثبت نسبه ولا ميراثه إذ القرعة لا تعمل إلا في العتق • وهل يقرع بين الأمتين للاستيلاد فيه خلاف من حيث أن أمية الولد فرع النسب وقد أيس عنه • وهل يوقف نصيب ابن من الميراث فيه خلاف لانه نسب أيس من ظهوره فيمتنع التوريث به • ولو كانت له أمة لها ثلاثة أولاد فقال أحدهم ابني فان عين الأصغر تعين • وان عين الأوسط عتق معه الأصغر وثبت نسبها • إلا أن يدعى استبراء بعد ولادة الأوسط ورأينا ذلك نافيا للنسب • فان مات قبل البيان وعجزنا عن تعيين الوارث والقائف أقرع بينهم • وأدخل الصغير في القرعة • وفائدة خروج القرعة عليه اقتصار العتق عليه والا فهو عتيق في كل حال • وفي وقف الميراث الخلاف الذي مضى •

في الفصل مسألتان تقدم عليهما أن من له جارية ذات ولد إذا قال هذا ولدي من هذه الجارية ثبت نسبه عند الامكان وهل تكون الجارية أم ولد فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) لا لاحتمال أنه استولدها بالنكاح ثم ملكها وحينئذ لا تكون أم ولد ولي أحد القولين (والثاني) نعم

ابن الصباغ (فان قيل) اليس قلم يجوز بيع الشيرج بالكسب وهما بمنزلة الجنسين (قلنا) الكسب لا ينفرد
عن الشيرج ولا بد أن يبقى معه شيء بخلاف اللبن فان المخيض لا يبقى فيه سمن ذكره مع السمن
في باب بيع الآجال وادعى الامام اتفاق الأئمة عليه (المسألة الثالثة) الزبد بالمخيض المنصوص للشافعي
أنه يجوز وقال أبو اسحق والشيخ أبو حامد لا يجوز لما ذكره المصنف فأما أبو اسحق فانه بناء على تعليقه السابق
والشيخ أبو حامد لم يوافق على ذلك التعليل فكيف وافقه على هذا الحكم هذا وفي البحران أبو حامد
قال أجاب الشافعي بهذا ظناً منه لالبن في الزبد وليس كما ظن فان الزبد لا ينفك من اللبن فلا يجوز
وهذا قياس المذهب قال وأجاب أصحابنا بان الشافعي انما قال ذلك إذا لم يكن فيه اللبن ظاهراً وذلك القدر
يسير لا يتبين الا بالنار والتصفية فلا حكم له وقال القفال المذهب ما نص عليه لان المقصود من
الزبد السمن والمخيض ليس من جنس السمن اذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان وهكذا
ذكر القاضي الطبري فيجوز متفاضلاً انتهى كلام الروياني وقال الروياني أيضاً قال الشيخ أبو محمد
الجويني في المنهاج المخيض الذي في الزبد قليل فلا حكم له كما لو باع حنطة لاشعير فيها بحنطة فيها حبات
شعير قليلة قال وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الاصح وحكى أبو الطيب عن أبي اسحق الموافقة
في بيع السمن بالمخيض لانه لالبن فيه قال أبو الطيب وهذا التعليل صحيح الا ان المذهب انه يجوز
البيع في الزبد أيضاً لانه لاحكم لذلك اليه اذا كان لا يتبين الا بالتصفية بالنار *

لان الظاهر انه استولدها في الملك لانه حاصل محقق والنكاح غير معلوم والاصل فيه العدم والمسألة
خروج ظاهر على قول يقابل الاصل والظاهر وما اظهر من الخلاف في المسألة ذكر الشيخ أبو حامد
وجاعة أن الثاني أظهر وهو ظاهر نصه في المختصر لكن الاول أقرب الى القياس وأشبه بقاعدة
الاقرار وهي البناء على اليقين ولقر به أعرض الا كثرون عن الترجيح وأرسلوا ذكر الخلاف ومن
ذهب اليه لم يصعب عليه جعل النص على الصورة الآتية ولو قال انه ولدي ولدت في ملكي فطريقان
(أحدهما) القطع بثبوت أمية الولد لتصريحه بالولادة في الملك (وأصحهما) أنه على القولين لاحتمال
أن يجعلها قبل الملك بالنكاح ثم يشتريها وتلد بالملك ولو قال انه ولدي استولدها به في ملكي أو
علقت به في ملكي انقطع الاحتمال وكانت أم ولد له لا محالة وكذا لو قال هذا ولدي منها وهي في
ملكى منذ عشرين سنة وكان الولد ابن سنة وهذا كله مفروض اذا لم تكن الام مزوجة ولا فراشا
أما اذا كانت مزوجة لم ينسب الولد الى السيد ولم يعتد باستلحاقه للحoque بالزوج وان كانت فراشا
له فان أقر بوطنها فالولد يلحقه بحكم الفراش لا بالاقرار ولا يعتبر فيه الا الامكان ولا فرق في الاقرار
بالاستيلاء بين أن يكون في الصحة أو في المرض لأن انشاء نافذ في الحالتين اذ تبين ذلك فالمسألة

(فرع) اذا بيع الزبد بالمخيض فهما جنسان حتى يجوز التفاضل بينهما كما قال أبو الطيب في السمن بالمخيض ويدلك على ذلك ردهم على أبي اسحق ولو كان الزبد والمخيض جنساً واحداً لم يحتاجوا الى أن يفتفروه لقلته ولم يتجه لابي اسحق ما قاله وليس ما قاله أبو الطيب مخالفة للنص ولا للاصحاب بل زيادة بيان على ما أجملوه وكذلك قول صاحب التهذيب والله أعلم • وقال صاحب التهذيب يجوز بيع المخيض بالزبد كبالسمن وان كان في الزبد قليل مخيض وفي المخيض قليل زبد لان المقصودين مختلفان في الجنس كبيع الحنطة بالشعير وفي أحدهما قليل قصل أو زوان (قلت) يعني ان التماثل ليس شرطاً فالحلط وان منع التماثل فهو غير مقصود فلا يضر وقال امام الحرمين لاخلاف أن المخيض والسمن جنسان مختلفان لتباين الصفات واختلاف الاسم والفرض فقد تبين أن ما قاله أبو الطيب لاخلاف فيه وكذلك نبه عليه صاحب الوافي في شرح المهذب قال قال شيخنا لاخلاف فيه أنه يجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلاً والقاضي أبو الطيب رحمه الله ذكر هذا اخباراً عن ذلك لا انه مذهب له مخالف فيه غيره • وقول المصنف رحمه الله وما سوى ذلك الى آخره كذلك هو في تعليق القاضي أبي الطيب وما خصه أنه لا يجوز في هذا الفصل الا بيع السمن بالمخيض والزبد بالمخيض خلافاً لابي اسحق والشيخ أبي حامد ويدخل فيه مسائل صرح بها الشيخ أبو حامد والمحاملي والماوردي والقاضي حسين ^(١) وهو أنه لا يجوز بيع شيء من الاقط والجبن والمصل واللبأ بالآخر قال المحاملي ولا بالزبد ولا بالسمن ولا بالمخيض • قال امام الحرمين والاصحاب لما جوزوا بيع

(١) بياض
الأصل فخر

الأولى اذا كان له اتمان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدى فلأمتين أحوال (أحداها) أن لا تكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشاً للسيد فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق إحدى امرأتيه فاذا عين أحدهما ثبت نسبه وكان حراً وورثه وهل أمه أم ولد له وان صرح بأنه استولدها به في النكاح لم تصر أم ولد وان أضافه الي وطء شبهة ففيه قولان يذكران في موضعهما ولو قال استولدها بالزنا مفصولاً عن الاستحقاق لم يقبل وكانت أمية الولد على القولين فيما اذا أطلق الاستحقاق وان وصله باللفظ قال في التهذيب لا يثبت النسب ولا أمية الولد ولك أن تقول ينبغي أن يخرج على قولي تبعض الاقرار ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها هو الذي استلحقه وأنها التي استولدها فلقول قول السيد مع يمينه ولو ان السيد مات قبل التعيين قام ورثته مقامه في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والارث وتكون أم المعين مستولدة ان ذكر السيد ما يقتضي ثبوت الاستيلاد والاستلوا وحكم بيان المورث فان قالوا لانعلم أنه بما استولدها فعلى الخلاف فيما اذا أطلق المستلحق استلحقه ولو لم يكن وارثاً أو قال الورثة لانعلم عرض الولدان على القائف فايها الحق به

المخيض بالزبد لم يفرقوا بين القليل والكثير وإذا كثر الزبد فالرغوة قد تبلغ مبلغاً يطلب مثله في جنس المخيض ولكن المرعى في الباب أن ما يميز من الزبد في الغالب تبدد ولا يعني بجمعه وإن كثر الزبد فهذا هو المعنى بقول الأصحاب الرغبة غير مقصودة * قال الامام إذا امتنع بيع الاقط بالاقط امتنع بيعه بالمصل فانهما من المخيض لا يتفاوتان في الصفات تفاوتاً يختلف الجنس به ويمتنع بيع المخيض بالاقط والمصل كما يمتنع بيع العصير بالدبس وبيع الجبن بالاقط ممتنع قال الامام قال العراقيون الاقط والمخيض والمصل والجبن جنس واحد (أما) المخيض والاقط والمصل فكما ذكره (وأما) الجبن ففيه ما يجانس المخيض وهو كقول القائل اللبن والاقط جنس واحد والوجه أن يقال في اللبن جنس الاقط (قلت) وهذه المشاحة في العبارة ومقصودهم ما ذكره وأنه يمتنع بيع أحدهما بالآخر والله أعلم *

(فرع) بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيه مثل الخلاف في بيع خبز القمح بخبز الشعير (إذا قلنا) الأداة أجناس *

لحق والحق في النسب والحرية والارث كمتعين المورث أو الوارث وفي الاستيلاد كما وأطلق الاستلحاق ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق بأن كان قد رآه أو بان يرى قبل الدفن أو بان يرى عصبته فيجد الشبه فان عجز عن الاستفادة من القائف لعدمه أو لالحاقه الولدين به أو تقسيمهما أو أشكل الامر عليه أقرعنا بينهما لنعرف الحر منها ولا ينتظر بلوغ الولدين حتى ينتسبا بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد ولا قائف لان الاشتباه ههنا في أن الولد أيهما فلو اعتبر الانتساب فر بما انتسب كل واحد منهما اليه فلا يرتفع الاشكال ولا يحكم إن خرجت قرعته بالنسب والميراث لان القرعة على خلاف القياس وانما ورد الخبر بها في العتق فلا تعمل في النسب والميراث * نعم هل يوقف نصيب ابن بين من خرجت القرعة له وبين الآخر فيه وجهان ثاني توجيههما (والاظهر) منهما في المسألة الثانية واختيار المازني أنه يوقف (واما الاستيلاد) فهو على التفصيل السابق فان لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت وان وجد فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة حكى الامام فيه وجهين وقال المذهب أنها لا تحصل لأنها تتبع النسب فاذا لم يجعله ولدا لم يجعلها أم ولد والذي أوردته الاكثر أنها تحصل لان المقصود العتق والقرعة عاملة فيه فكما تفيد حرية تفيد حريتها وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الكتاب وهل يقرع بين الامتين في الاستيلاد فيه خلاف وقد يتبادر الى الفهم من ظهريه اخراج القرعة بهما مرة أخرى ولا يفعل ذلك اذ لا يؤمن خروج القرعة على غير التي خرج لولدها *

(فرع آخر) أحدهما حيث يثبت الاستيلاد فالولد حر الأصل لاولاء عليه وحيث لا يثبت فعليه الولاء الا

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر بابن الأبل فيكون حكمه وليس في
لبن الأبل سمن يتميز بالمخض والعلاج قال الامام الظاهر أنا لا نجعل لبن الأبل مشتملا على سمن
تقديراً حتى يقال هو بمثابة سمن البقر بلبن البقر ثم إذا كان كذلك فوراءه احتمال في ان سمن البقر
هل يخالف جنس لبن الأبل والتفريع على تجانس الألبان فالظاهر أنه خلافه فيجوز بيعه به متفاضلا
والسبب فيه أنا حكمنا بتجانس الألبان لاجتماعها في الاسم الخاص وقد زال هذا المعنى ولم يقدر في لبن
الأبل سمناً والعم عند الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ قال الامام الأنفة الوجه القطع بطهارتها لاجماع المسلمين على طهارة اللبن وهو
في الغالب لا يخلو عن الأنفة والذي اليه اشارة الاصحاب ان الأنفة جنس على حيالنا مخالف للبن
وكل ما يتخذ منه ولست أدري أنها من المطعمومات وحدها كاللح حتى تعتبر المماثلة في بيع بعضها
ببعض أم ليست من المطعمومات *

إذا نسبته الى وطء شبهه وقلنا انها لا تصير أم ولد اذا ملكها بعد ذلك (والثاني) اذا لم يثبت الاستيلاد
ومات السيد ورث الولد أمه وعتقت عليه وهذا اذا تعين لا بالقرعة وان كان معه وارث آخر عتق
نصيبه عليه ولم يشتر هذا تمام الكلام في الصورة الاولى وهي المذكورة في الكتاب (الثانية) اذا
كانت الامتان مزوجتين لم يقبل قول السيد وولد كل أمة يلحق بزوجها وان كانت فراشا للسيد فان
كان قد أقر بوطئها لحقه الولدان بحكم الفرائش (الثالثة) اذا كانت أحدهما مزوجة لم يتعين أقراره في
الأخرى بل يطالب بالتعيين فان عين ولد المزوجة لم يقبل وان عين في ولد الأخرى قبل وثبت نسبه
وان كانت أحدهما فراشاً له لم يتعين أقراره في ولدها بل يؤمر بالتعيين فان عين في ولد الأخرى
لحقه بالاقرار والولد الآخر ملحق به بالفرائش (المسألة الثانية) اذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد أحد
هو لاء ولدى والتصوير فيما اذا لم تكن مزوجة ولا فراشاً للسيد قبل ولادتهم فيطالب بالتعيين فمن
عينه منهم فهو نسيب حر وارث والقول في الاستيلاد على التفصيل الذي مر ثم اذا كان المعين الاصغر
فلا كبران رقيقان فلا كل واحد منهما أن يدعى انه الولد والقول قول المنكر مع يمينه فان كان المعين
الأوسط فلا كبر رقيق وأمر الصبي مبني على استيلاد الأمة فاذا لم نجعلها مستولدة فهو رقيق كالأم
وان جعلناها مستولدة فينظر ان لم يدع الاستبراء بعد الأوسط فقد صارت فراشاً له بالأوسط
فيلحقه الاصغر ويرثه وادعى الاستبراء فينبني على أن نسب ملك اليين هل ينتفى بدعوى
الاستبراء فيه خلاف مذكور في الاعنان (وان قلنا) لا ينتفى فهو كما لو لم يدع الاستبراء (وان
قلنا) ينتفى فلا يلحقه الاصغر وفي حكمه وجهان (أظهرهما) انه كالأم يعق بوفاة السيد لانه ولد أم ولد

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا يباع حي بميت وروى ابن عباس رضي الله عنه أن جزوراً نحرته على عهد أبي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بها لحماً فقال أبو بكر لا يصلح هذا ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم ﴾

﴿ الشرح ﴾ حديث سعيد بن المسيب رواه أبو داود من طريق الزهري عن سعيد كما ذكره المصنف ورواه مالك في الموطأ والشافعي عنه في المختصر والام وأبو داود أيضاً من طريق زيد بن أسلم عن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان هذا لفظ الشافعي عن مالك وأبي داود عن القعني عن مالك وكذلك هو في موطأ ابن وهب ورأيت في موطأ القعني عن بيع الحيوان باللحم والمعني واحد وكلا الحديثين أعني روايتي الزهري وزيد بن أسلم مرسل

وأما الولد إذا ولدت من زوج أو زنا عتق بعقبتها (والثاني) أنه يكون قنأ لأن ولد أم الولد قد لا يكون كذلك كما لو أحبل الراحن الجارية المرهونة وقلنا أنها لا تصير أم ولد له فبيعت في الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها فانا نحكم بأنها أم ولد على الصحيح والأولاد أرقاء لا يأخذون حكمها وأيضاً فإنه إذا أحبل جارية بالشبهة ثم أمت بأولاد من زوج أو زنا ثم ملكها وأولادها تكون أم ولد له على قول والأولاد لا يأخذون حكمها وإذا أمكن ذلك لم يلزمه من ثبوت الاستيلاء أن يأخذ الولد حكمها بالشك والاحتمال ولصاحب الوجه الأول أن يقول الأولاد في الصورتين ولدوا قبل الحكم بالاستيلاء فالأصغر ولد بعد الحكم بالاستيلاء على أن بعضهم حكى في صورة الرهن وجهاً أن الأولاد يأخذون حكمها ولا يبعد أن يحىء مثله في صورة الأحبال بالشبهة وذكر في التتمة وجهاً آخر فيما إذا لم يكن يدع الاستبراء أنه لا يثبت نسبه ويكون حكمه حكم الأم يعتقد بموت السيد لأن الاستبراء حصل بالأوسط ولم أر لغيره ذكر وإن كان المعين الأكبر فالقول في حكم الأوسط والأصغر كما ذكرناه في الأصغر إذا عين الأوسط ولومات السيد قبل التعيين عين وارثه فإن لم يكن وارت أو قل لا أعرف عرضوا على القائف ليعين والحكم على التقديرين كما لو عين السيد فإن تعذر معرفة القائف نص أنه يقرع بينهم لمعرفة الحرية وثبوت الاستيلاء على التفصيل الذي سبق واعترض الزنى في المختصر بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد لأنه إما أن يكون هو المقر به أو يكون ولد أم الولد وولد أم الولد يعتقد بموت السيد وإن كان حراً بكل حال وجب أن لا يدخل في القرعة أيضاً لاحتمال أنها لا تخرج على غيره فيلزم أرقاقه واخفاف الأصحاب في الجواب عنه فسلم بعضهم حريته وقالوا أنه لا يدخل في القرعة ليرق

ولم يسنده واحد عن سعيد وقد روى من طرق أخر (منها) عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تباع الشاة باللحم رواه الحاكم في المستدرک وقال رواية عن أخرهم أئمة حفاظ ثقات وقد احتج البخارى بالحسن عن سمرة وله شاهد مرسل فى الموطأ هذا كلام الحاكم ورواه البيهقى فى سننه الكبير وقال هذا اسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن بن سمرة عنه موصولا ومن لم يثبتته فهو مرسل جيد انضم الى مرسل سعيد ومن سنده كره (ومنها) عن سهل بن سعد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه الدارقطنى وقال تفرد به ابن مروان عن مالك بهذا الاسناد ولم يتابع عليه وصوابه فى الموطأ عن ابن المسيب مرسلا وذكره البيهقى أيضا فى سننه الصغير وحكم بان ذلك من غلط يزيد بن مروان ويزيد المذكور تكلم فيه يحيى بن معين وقال ابن عدى وليس هذا بذلك المعروف (ومنها) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم قال عبد الحق خرج به البراز فى مسنده من رواية ثابت بن زهير

ان خرج لغيره بل ليرق غيره ان خرجت عليه ويقتصر العتق عليه وهذا ما ذكره فى الكتاب ومنعها آخرون بناء على أنها وان كانت أم ولد فولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً (والأظهر الأول) وهو عين الوجه الأول المذكور فيما اذا عين الأوسط وادعى الاستبراء بعده وقلنا انه ينتفى به النسب ثم اذا قرعنا بينهم وخرجت القرعة لواحد منهم فهو حر والمشهور ان النسب والميراث لا يشبتان كما ذكرنا فى المسألة الأولى وعن المزنى فى المختصر الكبير ان الأصغر نسيب بكل حال لانه بين أن يكون هو المراد بالاستلحاق وبين أن يكون ولد أمته التى صارت فراشاً له بولادة من قبل وجرى الاصحاب على رأيهم فى الطعن على اعتراضاته متبادرين لكن الحق المطابق لما تقدم أن يفرق بين ما اذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر وبين ما اذا لم يدعه ويساعده فى الحالة الثانية واذا ثبت النسب ثبتت الحرية لا محالة وحيث لانحكم بثبوت النسب فهل يوقف الميراث فيه وجهان (أحدهما) نعم لانا نتيقن ان أحدهما ابنه وان لم تفد القرعة تعيينه فأشبهه ما اذا طلق احدى امرأته ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة (والثانى) لا لانه اشكال دفع الناس من زواله فأشبهه ما اذا غرق المتوارثان فلم يدر أنهما مائتا معاً أو على التعاقب لا توريث ولا وقف وهذا أصح عند الأكثرين واختار المزنى الوقف واختلاف الرواية عنه فى كيفية فى رواية ابن خزيمة وجماعة أنه إذا كان له ابن معروف النسب يدفع اليه ربع الميراث ويدفع ربعه الى الأصغر ويوقف النصف وفى رواية ابن عبدان المروزي فى آخرين أنه يدفع نصف الميراث الى المعروف النسب ويوقف النصف للمجهول واعلم أن الرواية الأولى مبنية على ما ذهب اليه المزنى من أن الأصغر نسيب بكل حال فهو والمعروف ابنان يقينا فيدفع النصف اليهما ويوقف النصف

عن نافع وثابت رجل من أهل البصرة منكر الحديث لا يستقل به ذكره أبو حاتم الرازي (قلت) وفي الأولين غنية عنه وأما سماع الحسن من سمرة فقد قال الترمذي أنه صحيح ونقل ذلك في جامعه عن علي بن المديني وغيره عند حديثه في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وغيره من الأحاديث وقال في بعض المواضع وقد تكلم بعض أهل الحديث في رواية الحسن عن سمرة وقالوا إنما يتحدث عن صحيفه سمرة وقال الخطابي والحسن عن سمرة مختلف في اتصاله عند أهل الحديث وروى بسنده عن يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة صحيفة وقال في باب الشفعة وقال غير يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة حديث العقبة حسب وعن البيهقي أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة من غير حديث العقبة وقال ابن عبد البر لا أعلم حديث النهي عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه ثابت وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب وكان ابن عبد البر لم يطلع على حديث سمرة هذا وكذلك ابن المنذر فانه قال واخذ الشافعي رحمه الله بحديث مرسل لا يثبت

بينهما وبين الأكبرين فيجوز أن يكون الأوسط ابناً دون الأكبر والرواية الثانية اختيار للشافعي رضي الله عنه جواباً على أنه لا يثبت نسب واحد منهم على التعيين ولكن يعلم أن فيهم ابناً فيقف النصف له ويدفع النصف إلى الابن المعروف وأما لفظ الكتاب (ف قوله) فقال أحدهم ابني أراد ما إذا ذكر معه ما يقتضي الاستيلاد على أمة صور في المسألة الأولى حيث قال فقال أحدهما أنا علقته به في ملكي ألا ترى أنه حكم بعنق الأصغر عند تعيين الأوسط وإنما يكون كذلك إذا ثبت الاستيلاد (وقوله) عتق معه الأصغر يجوز إعلانه بالواو للوجه المنقول عن التهذيب (وقوله) أقرع بينهم بالخاء لأن الحكاية عن أبي حنيفة أن الأصغر حر كله ويعتق من الأوسط ثلثاه لانه حر في الحالتين وهما إذا عينه أو عين الأكبر فلا كبر رقيق في حالة وهي إذا عين الأصغر ومن الأكبر ثلثه لانه حر في حالة وهي إذا عين فيه رقيق في حالتين وهما إذا عين في الأوسط أو الأصغر قال ويعتق من الأم ثلثها لانه قد عتق ثلثاً ولدها (وقوله) وإن دخل الصغير في القرعة اعلم بالزاي لما تقدم ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً لانه نقل في النهاية وجهها عن بعض الأصحاب أن الصغير يخرج عن القرعة قال وهو ضعيف لانه إنما يقرع بين عبيدين يتعين أن فيهم حرّاً ومن الجائز أن يكون المستلحق الأصغر ويكون الأكبران رقيقان فكيف يقرع بينهما وقوله والا فهو عتق بكل حال معلوم - بالواو - لما مر *

قال ﴿ أما إذا أقر باخوة غيره أو بعمومته فهو اقرار بالنسب على الغير فلا يقبل إلا من وارث مستغرق ﴾ كمن مات وخلف ابناً واحداً فأقر باخ آخر ثبت نسبه وميراثه * وإن كان معه زوجة اعتبر موافقتها (و) لشركتهما في الأرض * وكذا موافقة المولى (و) المعتق * وإن خلف بنتاً واحدة وهي معتقة ثبت النسب باقرارها لأنها مستغرفة * فإن لم تكن معتقة فوافقها الإمام ففيه

(فان قلت) قد روى الحسن عن سمرة حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولم يقل به الشافعى فان كان يصحح سماع الحسن من سمرة فيلزمه القول بهما (قلت) النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة عارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص انه كان يأخذ البعير بالبعير إلى أجل فذلك لم يقل به الشافعى وهذا الحديث فى النهى عن بيع الحيوان باللحم لم يعارضه معارض بل عضده مراسيل وآثار وعمل أكثر أهل العلم ومع ثبوت حديث سمرة لا يحتاج إلى تكلف تقدير التمسك بالمرسل ولكن الشافعى رضى الله عنه لما ذكر المرسل فى ذلك توجه اعتراض من الخصم بسبب ما اشتهر عن الشافعى أنه لا يحتج بالمرسل فلذلك تكلم الاصحاب فى ذلك فى هذا الموضع وملخص القول فى ذلك انه لا خلاف فى مذهب الشافعى رحمه الله أن المرسل غير محتج به فى الجملة وابن عباس عن أبى بكر رواه الشافعى أيضاً فى المختصر وقال فى الام أنا ابن أبى يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس عن أبى بكر الصديق رضى الله عنهما أنه كره بيع الحيوان باللحم نقلت ذلك من نسخه معتمدة من الام بخط كاتب

خلاف لأن الامام ليس بوارث انما هو نائب * ولو خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر لم يثبت النسب ولا الميراث (ح) على القول المنصوص * وقيل انه يثبت باطناً وفى الظاهر خلاف فلو مات وخلف ابناً مقراً فهل يثبت الآن فيه خلاف * لأن اقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل * وكذا الخلاف فيما إذا لم يخلف الا الأخ المقر * ولو كان ساكناً فمات فأقر ابنه ثبت لا محالة * والأخ الكبير مع الصغير لا ينفرد بالاقرار بالنسب على الأصح * ولو أقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر فقيل انه لا يشارك لأن موجب قوله أن من أقر له ليس من أهل الاقرار * وقيل إنه يستحق الكل *

القسم الثانى أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول هذا أخى ابن أبى أو ابن أمى أو بعمومة غيره فيكون ملحقاً بالنسب بالجد والكلام فى فصلين (أحدهما) فى ثبوت النسب ويثبت النسب بهذا اللاحق بالشرائط المقدمة فيما إذا لحق بنفسه وبشرائط آخر (أحدها) أن يكون الملحق به ميتاً فإما دام حياً ليس لغيره اللاحق به وان كان مجنوناً (والثانية) أن لا يكون الملحق به قد نفى المقر به أما إذا نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ففيه وجهان (أحدهما) اللحق كما لو استلحقه المورث بعد ما نفاه بلعان وغيره (والثانى) المنع لأنه نسب قد سبق الحكم ببطأه فى الحاقه به بعد الموت اللاحق عار بنسبه وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظ الموروث لا ما يضر به ولم يورد صاحب التهذيب من الوجهين الا الثانى ولا معظم العراقيين الا الاول وهو الاشبه (والثالثة) صدور الاقرار من الورثة الحائزين للتركة وفيه مسائل (أحدها) اقرار الاجانب لا يثبت به النسب ولو مات مسلم عن ابن كافر أو قاتل أو رقيق

الوزير وروى الشافعي في الام في باب بيع الاجال عن مسلم وهو ابن خالد عن ابن جريج عن القاسم ابن ابي برة قال قدمت المدينة فوجدت جزورا قد حذرت أجزاء كل جزء منها بعناق فاردت ان ابتاع منها جزءا فقال لي رجل من اهل المدينة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يميت فسألت عن ذلك الرجل فاخبرت عنه خيرا * السائل عن الرجل هو القاسم بن ابي برة فيما أظن أما (حكم المسألة) فقول المصنف مفروض في بيع الحيوان المأكول بجنسه كالبقرة بلحم البقر والغنم بلحم الغنم وما أشبه ذلك ولا خلاف عندنا في منعه نقدا ونسأ للآثار المتقدمة وهو قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه وأربعة من الفقهاء السبعة كما سيأتي ومذهب مالك والاوزاعي والليث بن سعد وأحمد ونقله الروياني عن الثلاثة الباقيين من الفقهاء السبعة أيضا وهم سليمان بن بشر وخارجة وعبيد الله بن عبد الله فان صح ذلك فالسبعة قائلون به وكذلك نقله العبدري عن الفقهاء السبعة خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف مطلقا ولحمد بن الحسن في قوله يجوز إذا كان اللحم أكثر من اللحم الذي في الحيوان فيكون

لم يقبل اقراره عليه بالنسب كما لا يقبل اقراره عليه بالمال ولو كان له ابنان مسلم وكافر لم تعتبر موافقة الكافر ولو كان الميت كافرا كفي استلحاق الكافر ولا فرق في ثبوت النسب بين أن يكون المقر به كافرا أو مسلما (الثانية) لو مات وخلف ابنا واحدا وأقر بأخ آخر يثبت نسبه ولو مات وخلف ابنين أو ابنتين أو بنات فلا بد من اتفاقهم جميعا وكذلك تعتبر موافقة الزوج والزوجة لانهما من الورثة وفيهما وجه لان الزوجية تنصرم بالموت ولان المقر به النسب ولا شركة لهما في النسب ويجرى مثل هذا الخلاف في المعتق ولو خلف بنتا واحدة فان كانت حائزة بان كانت معتقه يثبت النسب باقرارها وان لم تكن حائزة ووافقها الامام فوجهان جاريان فيما إذا مات من لا وارث له فالحق الامام به مجهول والخلاف مبني على أن الامام له حكم الوارث أم لا والذي أجاب به العراقيون انه يثبت النسب بموافقة الامام ثم هذا الكلام فيها ^{الاشارة} كذا الامام ذلك لا على وجه الحكم أما إذا ذكر على وجه الحكم (فان قلنا) انه يضي لم نفسه ثبت النسب والا فلا (الثالثة) لا فرق بين أن تكون حيازة الملاحق تركة الملاحق به بغير واسطة أو بواسطة كما إذا أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركه أبيه الحائز لتركه جده الملاحق به فان كان قد مات أبوه قبل جده والوارث ابن الابن فلا واسطة (الرابعة) البالغ من الوارثين لا ينفرد بالاقرار ونقل الامام وجهاً أنه ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال وربما يوجه بأن أمر النسب خطر فالظاهر من حال كامل الحال من الورثة أن يعتنى به ولا يجازف فيه وعلى الأول ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي ووافق البالغ ثبت النسب حينئذ فان مات قبل البلوغ نظر أن لم يخلف سوى المقر ثبت النسب وان لم يجدد اقراره وان خلف ورثة سواء اعتبر موافقتهم وإذا كان أحد الوارثين مجنوناً فهو كما لو كان أحدهم صبياً ولو خلف بالغير عاقلين وأقر أحدهما وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف

فاضل اللحم في مقابلة الجلد والعظم والى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مال المزني وأطلق جماعة من الاصحاب منهم القاضي أبو الطيب نسبة الخلاف اليه وكذلك الروياني في الحلية ونقله عن الماوردي وقال انه القياس والاختيار وفي اختياره مخالفة لما عليه الاصحاب والشافعي رضى عنه وقال ان الخبر محمول على التنزيه والارشاد وهذا مخالف لما حكيناه أنهم كانوا يعدون ذلك من تيسير الجاهلية (فان قلت) اما أن يتمسكوا في ذلك بحديث الحسن عن سمرة أو بمرسل سعيد بن المسيب فان تمسكتم بحديث سمرة فقد روى عن سمرة فليس حجة عند الشافعي وان تمسكتم بالمرسل وكذلك الأثر عن أبي بكر (قلت) أما حديث سمرة في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان فله معارض وهو حديث عبد الله بن عمرو مع مافيه من الكلام وكون جماعة روه موقوفاً فلذلك لم نقل به الشافعي وحمله ان صح على النسبة من الجانبين جمعاً بينه وبين حديث عبد الله بن عمرو وأما النهي عن بيع الحيوان باللحم هنا فليس له معارض بل له ما يعضده من المراسيل والآثار وقول أكثر أهل العلم وأما الاعتراض بان المرسل ليس بحجة فقد روى ذلك عن الشافعي قوله في المختصر قال الشافعي رضى الله عنه في المختصر

الا أخاه المقر فظهر الوجهين أنه يثبت النسب لأن جميع الميراث قد صار له وثانيهما المنع لان اقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل ويجرى الخلاف فيما اذا أخلف المنكر وارثاً فأقر ذلك الوارث والوجهان عند القاضي الحسين مبنيان على الوجهين في استلحاق من نفاه الموت ولو أقر أحد الاثنين وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ثبت النسب لا محالة لان اقراره غير مسبوق بتكذيب الأصل (الخامسة) لو أقر الوارث المستغرق بأخوة مجهول فأنكر المجهول نسب المعروف لم يتأثر بقوله النسب المشهور وفيه وجه أن المقر يحتاج الى البينة على نسبه لا اعترافه بنسب المجهول وانكاره اياه والمذهب الأول وفي ثبوت نسب المجهول وجهان (وجه المنع) أن المقر ليس بوارث بزعمه (والثاني) وهو الأصح انه يثبت لحكمنا بأنه وارث حائز ولو أقر بأخوة مجهول ثم أنهما أقرتا ينسب ثالث وأنكر الثالث نسب الثاني ففي سقوط نسب الثاني وجهان (أصحهما) السقوط لانه ثبت بنسب الثالث فاعتبر موافقته لثبوت نسب الثاني ولو أقر بأخوة مجهولين فصدق كل واحد منهما الا خر ثبت نسبهما وان كذب كل واحد منهما الآخر فوجهان (أصحهما) ثبوت النسب لوجود الاقرار بمن يحوز التركة فان صدق أحدهما وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب هذا اذا لم يكن المجهولان توأمين فان كانا توأمين فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر فاذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب كليهما (السادسة) اذا أقر بنسب من يجب المقر كما اذا مات عن أخ أو عم فافر بابن للميت فاحد الوجهين انه لا يثبت نسبه لانه لو ثبت لورث ولو ورث لحجب المقر واذا حجب خرج عن الاهلية

وكان القاسم وابن المسيب وعروة بن الزبير وابو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان عاجلا وآجلا يعظمون ذلك ولا يرخصون فيه قال وبهذا نأخذ كان اللحم مختلفا أو غير مختلف وارسال ابن المسيب عندنا حسن فهذا قول الشافعي في المراسيل على الاطلاق واما مراسيل سعيد بن المسيب فالمناقول عن الشافعي انه كان في القديم محتج بها فاما في الام فانه لم يقل بها ولكنه قال ما قال في المختصر في هذا الموضع وارسال ابن المسيب عندنا حسن ونقل بعض الناس عنه انه قال تتبعناها فوجدتها مسندة قال الخطيب البغدادي في الكفاية ومذهب كثير من الفقهاء بخلاف ذلك حتى قال محمد بن جرير الطبري ان التابعين بأسرهم اجمعوا على قبول المرسل ولم يات عنهم انكاره ولا عن أحد من الأئمة بعدهم الى رأس المائتين فانه تعرض بان الشافعي رضى الله عنه أول من أبى قبول المراسيل وقال أبو داود السجستاني قريبا من ذلك في رسالته التي كتبها الى أهل الامصار في سبب كتابة السنن وأما المراسيل فقد كان محتج بها العلماء فيما مضى مثل سفيان الثوري ومالك بن أنس والاوزاعي حتى جاء الشافعي فتكلم فيه وتابعه احمد بن حنبل وغيره فيحتاج الى أن يذكر تحرير مذهب الشافعي في ذلك فاعلم ان المشهور عن الشافعي رحمه الله عدم قبول المرسل وهو قول أكثر الأئمة من حفاظ الحديث ونقاد الأثر على ما قاله الخطيب البغدادي بل كلهم ما يشير اليه كلام أبي عمر بن عبد البر في التمهيد وممن وافق الشافعي على ذلك أحمد بن حنبل في أحد قولي وابو زرعة الداري وابو حاتم وابنه عبد الرحمن وممن قال به مع الشافعي يحيى بن سعيد القطان ووفاته مقدمة على وفاة الشافعي واما قول أبي بكر رضى الله عنه فقد أشار الشافعي الى وجه الاحتجاج به بقوله في المختصر ولا نعلم أن أحدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف في ذلك ابا بكر قال الشيخ ابو حامد والظاهر اذا نحررت جزور وحضرها امام الوقت ان يكون هناك اناس كثيرون وقد قال هذا ولم ينكر عليه احد فقد اعتضد هذا المرسل

للاقرار واذا بطل الاقرار بطل النسب (وأصحهما) الثبوت لأن ثبوت النسب بمجرد لا يرفع الاقرار وانما يلزم ذلك من التوريث وسيأتي الكلام في التوريث في الفصل الثاني ثم التوريث قد يفتنى باسباب وموانع ولا يبعد أن يكون هذا منها •

(الفصل الثاني في ثبوت الميراث)

قال (والمقر يحتاج الى البينة • ولو أقر الأخ بابن لآخيه الميت فالظاهر أنه يثبت النسب دون الميراث اذ لو ثبت لحرم الأخ ونخرج عن أهلية الاقرار • وقيل انهما يثبتان • وقيل انهما لا يثبتان •) المقر به لا يخلو اما أن يكون ممن لا يحجب المقر عن الميراث أو ممن يحجبه أو يحجب بعض الورثة المقرين دون البعض (الحالة الأولى) إذا لم يحجب المقر فيشتركان في التركة على فرائض الله تعالى ولو أقر أحد الابنين المستغرقين بأخ وأنكر الآخر فظهر المذهب وهو المنصوص أنه لا يرث لأن

بحديث اسد من وجه وقول أبي بكر مع عدم مخالفة بقية الصحابة وفتيا أكثر أهل العلم ممن بعدهم فإن مالكا رحمه الله روى في الموطأ عن أبي الزناد وقال كل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان إبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل ينهون عن ذلك وفي الموطأ عن سعيد بن المسيب قال كان ميسر أهل الجاهلية يبيع اللحم بالشاة والشاتين وقال الشافعي رضي الله عنه في المختصر في هذا الموضع وإرسال ابن المسيب عندنا حسن وقال الإمام الجليل عبد الرحمن بن أبي حاتم في كتاب المراسيل في قول الشافعي رضي الله عنه ليس أنتقطع بشئ مما إذا منقطع ابن المسيب فلا بأس أن يتبره وكذلك الشيخ أبو حامد حمل قول الشافعي في المختصر على ذلك وأنه يعتبر بها ولا تكون حجة وقال الحافظ أبو بكر الخطيب في كتاب الكفاية في معرفة أصول الرواية ونقلته من خطه اختلاف الفقهاء من أصحاب الشافعي في قوله هذا فمنهم من قال أراد الشافعي به أن مرسل سعيد بن المسيب حجة وإنما فعل ذلك لأن مراسيل سعيد تتبعته فوجدت كلها مسانيد عن الصحابة من جهة غيره ومنهم من قال لا فرق بين مرسل سعيد ومرسل غيره من التابعين وإنما رجح الشافعي والترجيح بالمرسل صحيح وإن كان لا يجوز أن يحتج به علي إثبات الحكم قال الخطيب وهذا هو الصحيح من القولين عندنا لأن في مراسيل سعيد ما لم يوجد مسنداً بحال من وجه يصح (قلت) وهذا انقول هو الصحيح كما قال الخطيب وإنما يفعل الشافعي ذلك في كتاب الرسالة وتلخيص ما قاله فيها أن المنقطع مختلف فمن شاهد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من التابعين

الأثر فرع النسب وأنه غير ثابت كما سبق وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع وعن صاحب التقریب حكاية وجه تخريج أن المقر له يرث ويشارك المقر بما في يده ورأيت ذلك لابن سريج وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ومالك وأحمد رحمهما الله ويتأيد بمسائل (منها) لو قال أحد الابنين فلانة بنت أينا وأنكر الآخر حرم على المقر نسكاحها مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت ولو قال أحدهما لعبد في التركة إنه ابن أينا هل يحكم بعقده فيه وجهان (ومنها) لو قال أحد شريكي العقار لثالث بعث منك نصيبي فأنكر لا يثبت الشراء وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف (ومنها) لو قال لزيد على عمرو كذا وأنا به ضامن فأنكر عمرو وفي مطالبة المقر بالضمأن خلاف (والأصح) المطالبة (ومنها) إذا اعترف الزوج بالخلع وأنكرت المرأة ثبتت البينونة وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل (وإذا قلنا) بظاهر المذهب وكذلك في طاهر الحكم (فأما) في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقا أن يشركه فيما في يده فيه وجهان (أحدهما) لا كما في الظاهر (والثاني) نعم قال ابن الصباغ وهو الصحيح لأنه عالم باستحقاقه محرم عليه منع حقه منه وعلي هذا فبكم يشركه فيه وجهان (أحدهما) بنصف ما في

فحدث حديثاً منقطعاً عن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر عليه بأمر أن يسنده غيره من الحفاظ
 المأمورين بمثل معنى ما روى أو موافقة مرسل غيره وهي أضعف من الأولى أو موافقة قول صحابي أو
 اقوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روى فإذا وجدت الدلائل لصحة حديثه بما وصفت أحببت أن
 يقبل مرسله ولا يستطيع أن يزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل فلما من يعد من كبار التابعين
 الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا أعلم واحداً منهم يقبل مرسله
 وأعلم أن في قول الشافعي أحببت أن يقبل فيه إشكال لأنه لا تخيير في إثبات الأحكام بل إما أن
 يظهر موجبها فيجب أولاً فيحرم فإن كان المرسل إذا اقترن به شيء من ذلك حجة وجب العمل به
 وإن لم يكن حجة حرم العمل به فيحتمل أن يكون مراده أنه لا تثبت الحجة به ثبوتها بالمتصل أي
 لا يكون مثل المتصل وإن كانت الحجة به ثابتة وتظهر فائدة ذلك فيما إذا عارضه متصل فيقدم المتصل
 عليه ويحتمل أن يكون مراده أنه لا يجب العمل به لمجرد اقترانه بمرسل آخر أو قول صحابي أو فتياً
 أكثر أهل العلم ولا يرد معها ويطلب دليل آخر مجرد كما لو لم يرد أصلاً بل يجب النظر في ذلك وفيما
 يعارضه أو يوافقه من بقية الأدلة كلفيأس وشبهه والعمل بما يترجح من الظن والله أعلم • وقال الماوردي
 إنه حكى عن الشافعي أنه أخذ بمراسيل سعيد في القديم وجعلها بانفرادها حجة لأنه لم يرسل حديثاً
 إلا وجد مسنداً ولا يروي أخبار الآحاد ولا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة أو
 رواه منتشراً عند الكافة أو وافقه فعل أهل العصر كونه لهما أخذ عن أكابر الصحابة ومراسيله سبوت

يده لأن قضية ميراث البنات التسوية فلا يسلم لأحدهما شيء والا ويسلم للآخر مثله والثالث
 بزعمهما غصبهما بعض حقهما وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله (وأصحهما) وبه قال مالك رحمه الله وأحمد
 بثلاث مافي يده لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده ويد صاحبه فله الثلث من هذا وله الثلث
 من ذاك ويقال الوجهان مبنيان من القوانين فيما إذا أقر أحد الابنين بدين على أبيه فانكر الآخر
 هل على المقر توفية جميع الدين مما في يده أم لا يلزمه إلا القسط (فان قلنا بالثاني) لم يلزمه إلا الثلث
 لجعلنا الحق الثابت بالاقرار شائعاً في التركة ولكل واحد من الوجهين عبارة تجري مجرى الضابط
 لاختوات هذه الصورة فالعبارة على وجه النصف اثنا عشر في أصل المسألة على قول المنكر ونصرف
 إليه نصيبه منها ثم تقسم الباقي بين المقر والمقر به فان انكسر صحجه بالضرب فاصل المسألة في الصورة
 التي نحن فيها اثنان على قول المنكر يدفع إليه واحداً منهما يبقى واحد لا ينقسم على اثنين تضرب
 اثنين في أصل المسألة يكون أربعة سهمان منها المنكر ولكل واحد من الآخرين سهم
 وعلى وجه الثلث نأخذ أصل المسألة على قول المنكر وأصلها على قول المقر ونضرب أحدهما

فكانت مأخوذة عن أبي هريرة ومذهب الشافعي في الجديد أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة (قلت) وهذه الأمور التي ذكرها الماوردي رحمه الله من كون سعيد لا يروي أخبار الآحاد ووجدت مراسيله كلها مسانيد فلا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو معتزداً أو منتشراً أو موافقا فعل أهل العصر وكون مراسيله كلها عرف أنها عن أبي هريرة رضي الله عنه لا دليل على شيء من ذلك بل هي أمور ضعيفة لم يثبت شيء منها فلا يعرف بل قد روى سعيد في الصحيح عن أبيه المسيب قال صحيح ما قاله الخطيب كما تقدم وهو الذي نسب الماوردي إلى الجديد ثم ذكر الماوردي أن المرجحات للمرسل التي إذا اعتضد به واحد منها صار هو مع (١) اعتضد به حجة على الجديد أحد سبعة أشياء قياس أو قول صحابي أو فعل صحابي أو قول للاكثرين أو ينشر في الناس من غير دافع له أو يعمل به أهل العصر أولاً توجد دلالة سواء (قلت) وقد تقدم في كلام الشافعي المنقول من الرسالة أربع مرجحات (منها) موافقة قول صحابي أو أقوام من أهل العلم وهما في كلام الماوردي (ومنها) اعتضاده بمسند أو مرسل آخر وليس في كلام الماوردي فإذا جمعت بين الكلامين كانت المرجحات تسعة ثم في بعضها أو أكثرها مشاحة (منها) قول الماوردي إنه لا يوجد دليل سواء كان المرسل إذا لم يكن في نفسه دليلاً ولم يوجد دليل سواء كان المسألة لا دليل فيها أصلاً ولا يجوز إثبات حكم بشيء لا يعتقده دليلاً لانا لم نجد غيره وإن قيل إنه في هذه الحالة دليل وفي غيرها ليس بدليل فيقول انه في غير هذه الحالة إذا كان هناك دليل غيره فاما أن يكون موافقاً أو مخالفاً

(١) بياض
بالأصل خور

في الآخر ونقسم الحاصل باعتبار مسألة الانكار فيدفع نصيب المنكر منه اليه باعتبار الاقرار ويدفع نصيب المقر منه اليه ويدفع الباقي إلى المقر به ومسألة الانكار فيما نحن فيه من اثنين ومسألة الاقرار من ثلاثة فنضرب أحدهما في الآخر يكون ستة ثلاثة منها المنكر وسهمان المقر وواحد المقر له ولو كانت المسألة بمجالها وأقر أحد الابنين بآخرين فعلى الوجه الأول المسألة على قول المنكر من اثنين ويدفع نصيبه اليه يبقى واحد لا ينقسم على ثلاثة يضرب ثلاثة في اثنين يكون ستة ثلاثة منها للمنكر ولكل واحد من الباقيين واحد وعلى الوجه الثاني أصلها على قول المنكر من اثنين وعلى قول المقر من أربعة يضرب أحدهما في الآخر يكون ثمانية أربعة منها للمنكر واثنان للمقر ولكل واحد من المقر بهما سهم وعن صاحب التقریب يصرف بالتوسط بين الوجهين وهو أن ينظر فيما حصل في يد المقر أحصل بقسمة اجبر المنكر عليها أم بقسمة هو مختار فيها أما على تقدير الاجبار (فالجواب) ما ذكرنا في الوجه الثاني وأما على تقدير الاختيار فينظر ان كان عالماً عند القسمة بأن معها ثالث مستحقاً (والجواب) ما ذكرناه في الوجه الاول لانه متعدد بتسليم نصف حقه الثابت اليه فيغرمه ما حصل في يد

ان كان موافقاً فالحكم ثابت بلا اشكال ولا غرض في اسناده الى المرسل مع ذلك الدليل وحده
أو اليه مع المرسل وان مخالفاً فلما أن يكون راجحاً عليه أو مرجوحاً فان كان راجحاً قدم على المرسل
مع القول بأنه حجة وان كان مرجوحاً لم يقدم عليه وحينئذ ينبغي لمن يعمل به عند عدم الدليل مطلقاً أن
يعمل به ههنا لرجحانه وهو يصير الى أن المرسل حجة والتفريع على خلافه ولا ينفع التعلل بأنه حجة
ضعيفة في أن يدفع بأدنى معارض وان كان مرجوحاً لان ذلك بحث جدلي لا طائل تحته (وأما) اعتضاده بمسند
فاذا كان المسند صحيحاً كان العمل به لا بالمرسل (وأما) اعتضاده بمسند آخر فاذا لم يكن المرسل حجة لم يفد اقترانه بما
ليس بحجة وكذلك قول الصحابي وفعله وقول الاكثرين والانتشار (وأما) القياس فان كان قياساً صحيحاً فهو حجة
في نفسه غير مفتقر الى المرسل ولا يصير المرسل به حجة كما لو اقترن بالقياس الصحيح قياس فاسد وان كان
ذلك القياس لا يجوز التمثيل به لو انفرد فقد انضم مالىس بحجة وغاية ما يشيخيل أن الشافعي لم يلاحظ
في ذلك الا قوة الظن فان المرسل يثير ظناً ضعيفاً وليس كالقياس الفاسد وما لا يثير ظناً أصلاً فاذا اقترن
المرسل المثير للظن بامر مقوم للظن جاز أن ينتهي الى حد يتمسك به ثم ذلك الحد ليس مما يضبط بعبارة
شاملة بل هو موكول إلى نظر المجتهد وههنا تفاوت رتب العلماء وتفاوت المجتهدين من سواهم من
الجامدين على أمور كلية يطردونها في كل ورد وصدر وانما جمد على ذلك أكثر المتأخرين لعدم
عن التكيف بفهم نفس الشريعة والتمييز بين مراتب الظنون وما يقتضي نفس الشارع في اعتباره
والغاية وهذه رتبة عزيزة سبق اليها المتقدمون ولو حاول محاول ضبط ما يحصل من اجتماع تلك الامور

صاحبه كما يغرم الحاصل في يده فان لم يكن عالماً حينئذ ثم علم فوجهان توجه أحدهما بأنه لا تقصير منه
(والثاني) بأنه لا فرق بين العلم والجهل فيما يرجع الى الغرم (الحالة الثانية) إذا كلن المقر به ممن
يحجب المقرين عن الميراث أو بعضهم كما لو كان للوارث في الظاهر أخاً أو ابن عم أو معتقاً فاقرب بابن
للميت فان لم تثبت نسبه فذاك وان أثبتناه ففي الميراث وجهان (أظهرهما) المنع لانه لو ورث لحجب
الاخ ولو حجبه لخرج عن أهلية الاقرار واذا بطل الاقرار فلا نسب ولا ميراث فاذا يلزم من توريثه
منعه (والثاني) وبه قال ابن سريج أنه يرث ويحجب المقر وهو اختيار صاحب التقريب وابن الصباغ
وجماعة ومنعوا لزوم بطلان الاقرار من حرمانه وقالوا المعتبر كونه وارثاً لولا اقراره ذلك لا ينافي خروجه
عن الوارثية بالاقرار كما ان المعتبر كونه حائزاً للتركة لو أقر الابن المستغرق في الظاهر بأخوة غيره قبل
وتشاركه في الارث كذلك ههنا ولو خلف بنتاً هي معتقة فاقرب بأخ في ميراثه وجهان تفرعاً
على الوجه الاول في المسألة السابقة (أحدهما) يرث ويكون المال بينهما اثلاثاً لان توريثها لا يحجبها
(والثاني) لا لانه يحجبها عن عصوبة الولاء فصار كما لو خلف بنتاً ومعتقاً وأقر بابن للميت لا يثبت

بالموازنة بينه وبين الظن المستفاد من قياس صحيح واحد من أول درجات القياس أو خبر لذلك قياسا واه
اعتبر وما نقص عنه الفى لم يكن مبعدا لكنه ليس كمال المعنى المشار اليه بل هو غاية ما تحيط به
العبارة لمن يبنى ضبط ذلك بقواعد كلية ويؤتى الله تعالى وراء ذلك لبعض عبادته من الفهم ما
يقصر عنه الوهم ومن جد وجد ومن ذاق اعتقد (ومن لم يجعل الله له نورا فماله من نور) واحتج
الاحتجاج من جهة القياس بأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه منه فلم يجز كمالو بيع الشيرج
بالسمسم وكان الشيرج المفرد أقل من الذى فى السمسم أو مثله فان الحنفية سلموا امتناعه فى هذه الصورة
وهذا الاحتجاج إنما يستمر فى بيع اللحم بحيوان من جنسه واذا فرعنا على أن اللحوم جنس واحد
أما إذا فرعنا على الصحيح أنها أجناس وباعه بغير جنسه فلا يستمر هذا الاحتجاج واحتجوا أيضا
بان اللحم جنس فيه الربا وهو على غير حالة كمال الادخار فلم يجز بيعه بأصله الذى فيه منه أصله بيع الدقيق
بالحنطة وليس الامتناع فيه لكون الدقيق الذى يحصل من الحنطة مجهول القدر بدليل أن الحنطة
بالحنطة واحدهما أجود وأكثر دقيقا من الأخرى جائز وان كان يؤدى فى الثانى الى عدم التساوى
وهذا كله على ما قررناه أن المرسل يعتبر به فلا يكون حجة بمجردة وقد قال الرويانى ان الشافعى قال
فى كتاب الرهن الصغير من الام وارسال ابن المسيب عندنا حجة وقد نظرت فى كتاب الرهون الصغير
من الام فلم اجد ذلك صريحا لكن فيه ما يدل عليه دلالة قوية ويمكن تأويله بتعسف على القول
الاول فانه ذكر حديث سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يعلف الزبير
من صاحبه الذى له غنمه وعليه غرمه » ثم ذكر من اعترض عليه فقال كيف قبلتم عن

لحجبه المعتق ولو ادعى مجهول على أخى الميت أنه ابن الميت فانكر الاخ ونكل عن اليمين فخلف
المدعى اليمين المردودة ثبت نسبه ثم ان جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة ورث وحجب الاخ وان
جعلناها كالاقرار ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أقر به الاخ ولو مات عن بنت وأخت
فاقرتا بابن للميت فنصيب الأخت على الوجه الأظهر يسلم لها لأنه لو ورث الابن لحجبتها وعلى الثانى
ياخذ ما فى يدها كله وهذا الحكم فيما إذا خلف زوجة وأخا فأقرا بابن يكون للزوجة الربع على
الوجه الأظهر وهذا الإبن لا ينقض حكمها كما لا يسقط الاخ ولنعود الى ما يتعلق بلفظ الكتاب
(أما) قوله فلا يقبل الامن وارث مستغرق لفظ مستغرق معلم - بالحاء والميم - وكذلك قوله ثبت نسبه وميراثه
لأن عند أبى حنيفة فى روايته المشهورة لا يشترط اقرار جميع الورثة وإنما المعتبر عدد الشهادة فاذا لم
يكن الا ابن واحد لم يثبت النسب باقراره فاذا خلف أبناء فأقر اثنان منهم كفى وبه قال مالك (وقوله)
اعتبر موافقتهما معلم - بالواو - وكذلك قوله موافقة المولى المعتق (وقوله) ولأن الامام ليس بوارث انما هو

ابن المسيب منقطعا ولم تقبلوه عن غيره فاجاب فقال قلنا لا يحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعا إلا وجدنا ما يدل على تشديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه ورأينا غيره يسمى المجهول ويسمى من يرغب عن الرواية عنه و يرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم ياق من أصحابه المستنكر الذي لا يوجد له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق احاديثهم ولم نحاب احدا ولكننا قلنا في ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته ثم ذكر الشافعي رواية من جهة يحيى بن أبي انيسة الى سعيد عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك ثم قال الشافعي بعد ذلك فالسنة ثابتة عندنا والله أعلم * بما قلنا وليس مع السنة حجة ولا فيها الا اتباعا مع انها أصح الاقاويل مبتدا ومخرجا فهذا ما رأيته في كتاب الرهن الصغير وهو قوى الدلالة على ان الحجة قائمة بذلك وتأويله ممكن على بعد وليس كما يتوهمه بعض الضعفاء من أنه تتبعها فوجدناها مسندة فيكون الاحتجاج بالمسند فان ذلك توهم ان الاسناد حاصل عنده في هذا المرسل بعينه وليس كذلك بل لما كان حال صاحبها أنه لا يروى الا مسنداً عن ثقة حمل هذا المرسل على ما عرف من عادته فيحتج به لذلك وأشار ابن الرفعة إلى ان الرهن الصغير من القديم وان كان من كتب الأم وتعلق في ذلك بان الماوردي وغيره قالوا عند الكلام في آجال الراهن وعتقه انه من القديم قال وكذلك نسب الماوردي هنا قبول رواية ابن المسيب إلى القديم * قال المزني اذا لم يثبت الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فالقياس عندي أنه جائز وذلك أنه اذا كان فصيلا بمجوز قائم جاز ولا يجوز مذبحين لأنهما طعامان لا يحلان الا مثلاً بمثل وهذا لحم وهذا حيوان

نائب أي نائب المسلمين في أخذ حقهم وحفظه وهو اشارة الى ما سبق أن الامام هل له حكم الوارث أم لا (وقوله) ولا الميراث عند قوله لم يثبت النسب ولا الميراث على القول المنصوص إلى الميراث معلم بالالف وحده وأما أن النسب لا يثبت فلا خلاف فيه (واعلم) أن حاصل الخلاف في المسألة طريقان جمعهما صاحب التقريب (أحدهما) أن الارث يثبت باطناً وفي الظاهر خلاف (والثاني) أنه لا يثبت ظاهراً إلا أن المقابل للقول المنصوص هو المخرج الذي عزاه بعضهم إلى ابن سريج على ما بينه في الوسيط وإنما خرج ابن سريج ذلك في الارث الظاهر واذا كان جازماً بشبوته باطناً فيكون قوله بعد ذلك وقيل يثبت باطناً وفي الظاهر خلاف غير ما ذكره مرة فلا ينبغي أن يقول وقيل لا يثبت ظاهراً وفي الباطن خلاف إن اراد الطريقة الاخرى والأوجه الثلاثة التي ذكرناها في الميراث إذا أقر لشخص وأنكر المقر له نسب المقر حاصلة من الخلاف الذي أسلفناه في أن نسب المقر هل يتأثر بانكار المقر له وان لم يتأثر فهل يثبت نسب المجهول (فقوله) لا يشارك مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت

فهما مختلفان فلا بأس به في القياس ان كان فيه قول متقدم ممن يكون لقوله اختلاف الا ان يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنأخذ به وندع القياس * وقد مال المزني في هذا الكلام الى الجواز بشرطين أحدهما أن لا يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني أن يكون فيه قول متقدم يعني مخالف لأبي بكر وقد احتج المجوزون أيضاً بأنه لو كان فيها الربا لعسر كالدراهم مع الطعام جاز بلا خلاف فينبغي أن تكون مسألتنا وليس في الحيوان ربا أجوز ويقاس ذلك على بيع اللحم بالثوب وبالجلد وبأنه لا اعتبار باللحم الذي في الحيوان بدليل جواز بيع الحيوان بالحيوان ولو اعتبر لما جاز ولا كان يجوز بيعه بالدراهم أيضاً لأنه غير مذكي فيكون في معني الميتة فلما أجمعوا على جواز بيعه دل على عدم اعتباره * وقول المزني بمن يكون لقوله اختلاف قال ابن داود يكون معناه ممن يعد خلافه خلافاً حتى يشبث الاختلاف بقوله والجواب عن الأول أن الحديث قد ثبت اعتماداً على تصحيح الحاكم والبيهقي وعن القياس على الثوب أن الثوب والجلد كل منهما ليس بربوي ولا فيه ربوي والحيوان فيه ربوي وهو الملح والجلد فيشبهه قشر الفستق يجوز بيعه بلب الفستق ولا يجوز بيع الفستق في قشره بلبه وعن قولهم ان اللحم في الحيوان لا يعتبر ان ذلك اذا بيع بغير اللحم أما إذا بيع باللحم فانه يعتبر كالسمسم بالشيرج وذكر الامحاب أسئلة يمكن أن نورد لها من جهة الخصم وأجوبتها (منها) حمل النهي على الكراهة وأجاب عنه بأن أبا خنيفة رضى الله عنه لا يقول بالكراهة على أن النهي المطلق للتحريم (ومنها) لعل المراد بالحيوان الذي ذبح ولم يسلخ جلده وحينئذ لا يجوز بيعه باللحم وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه لا ينطلق عليه اسم الحيوان (ومنها) على أثر أبي بكر رضى الله عنه حمل العقد

(وقوله) وقيل انهما يشتركان ولا يبالى بتكذيبه مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت والوجه الآخر مبني على أن نسب المقر يتأثر بانكار المجهول (وأما) الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا أقر الاخ بآبى لآخيه الميت فلا يخفى عليك خروجها مما مر إذا جمع بين النسب والميراث وقد وقع في شرح الفصل تغيير ترتيب بعض المسائل للحاجة اليه فلا يبالى به *

﴿ فرع ﴾ إقرار الورثة بزواج أو زوجة للميت مقبول وعلى القديم قول أنه لا يقبل فلو أقر أحد الابنين المستغرقين وأنكر الآخر فالتوريت على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر *
﴿ فرع ﴾ لو أقر انسان وقال فلان أخى ثم فسر بالاخوة من الرضاع حكى القاضى الرويانى عن أبيه أن الاشبه بالمذهب أن لا يقبل لأنه خلاف الظاهر ولهذا لو فسر باخوة الاسلام لا يقبل *
﴿ فرع ﴾ في فتاوى القفال أنه إذا أقر على أبيه بالولاء فقال هو معتق فلان ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً كما في النسب والله تعالى أعلم بالصواب *

على المذبح وقد تقدم جوابه (ومنها) حملة على أن الجزور كانت للمساكين فنحرت لتفرق عليهم فلا يجوز بيعها وأجابوا عنه بأنه خلاف الظاهر من قول ابن عباس فإنه يقتضى تعليق الحكم على ذلك الوصف المذكور وعن قول أبي بكر هذا لا يصح ولم يقل لا يجوز بيع هذا اللحم ولو كانت من ابل الصدقة لم يخف أمرها على الناس وأنه لا يجوز بيعها وقد اعترض القاضي حسين على الخصم بأن المرسل عنده حجة وعندنا هل المرسل حجة فقد اتفقنا على قبول هذا الحديث والعمل به ﴿ تنبيه ﴾ قول المصنف بلحم ظاهره ليس بمبراد وإنما المراد بلحم مثله فالمماثلة إما أن تكون مطلقاً فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه وإما أن يكون المراد المماثلة في الوصف الذى ذكره وهو كونه يؤكل فيكون المراد بلحم حيوان مأكول وهذا هو الظاهر من مراد المصنف فإنه لم يذكره بعد ذلك إلا ببيعته بغير المأكول وحينئذ يندرج في قول المصنف صورتان (أحدهما) بيعه بحيوان يؤكل من جنسه وهو ممتنع بلا خلاف عندنا كلحم الجزور مجزور ولحم شاة بشاة وما أشبه ذلك (الصورة الثانية) بيعه بمجنس آخر من الحيوانات المأكولة مثل لحم الجزور بالشاة (ان قلنا) اللحمان صنف واحد لم يحز قولاً واحداً (وان قلنا) أصناف فطريقان (أحدهما) لا يجوز قولاً واحداً وإلى ذلك ذهب صاحب الافصاح فيما حكاه الرويانى وهى

كتاب العارية

قال ﴿ والنظر في أركانها وأحكامها ﴾ أما الأركان فأربعة (الأول المعير) ولا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للمنفعة غير مجبور عليه في التبرع * فيصح من المستأجر ولا يصح من المستعير على الأظهر لأنه مستبيح بالأذن كالضيف * نعم له أن يستوفى المنفعة بالوكيل يوكله لنفسه (الثانى المستعير) ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلاً للتبرع *.

قال في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وقال غيره منسوبة إلى العارة وهى مصدر يقال أعار يعير إعاره كما يقال أجاب يجيب إجابة وجابة وأطاق إطاقة وطاقة وقيل هى من عار يعير أى جاء وذهب فسميت عارية لتحويلها من يد إلى يد وقيل إنه من التعاور والاعتوار هو أن يتداول القوم الشيء بينهم وذكر الخطابى فى الغريب أن لغة العارية بالتشديد وقد تخفف والأصل فيها قوله تعالى (ويعتصرون الماعون) فسرهم بعضهم بما يستعيره بعض الجيران من بعض كالدلو والفأس والقدر وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال «العارية مضمونة والزعيم غارم»^(١)

كتاب العارية

(١) حديث ﴿ العارية مضمونة والزعيم غارم: تقدم فى الضمان من حديث أبى امامة لكن بلفظ العارية مؤداة وأما بمنزلة مضمونة فهو فى الحديث الآتى *

الصواب لما سئل كره (والثانية) فيها قولان حكاهما القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والفوراني والرافعي (أصحهما) لا يجوز لعموم السنة (والثاني) يجوز لعدم الربا فيه وقاسه الرافعي على بيع اللحم باللحم وذكر أن ذلك مذهب مالك وأحمد قال الروياني في البحر وهو الصحيح وليس كما قال ﴿ تنبيه ﴾ قال صاحب الذخائر إن هذا التفصيل لا يصح لأنه لا خلاف أن الحيوان أجناس وإنما الخلاف فيه إذا صار لهما لشمول اسم اللحم للجميع وإذا كان لحم وحيوان يختلف أصل الجنس فلا يجوز أن يقال الجميع جنس واحد فيكون على قولين من غير تفصيل * والشيخ أبو حامد جزم بالجواز قال فيما علق عنه سليم وينبغي أن يكون غير جائز لأن الإجماع الذي ذكرنا هو في هذا يعني أثر أبي بكر رضي الله عنه وسكوت الباقيين والله أعلم بالصواب * وهذا الذي قلناه الشيخ أبو حامد متعين وهو الذي جزم به في التهذيب وهو نص الشافعي صريحاً في الأم قال ولا يباع اللحم بالحيوان على أي حال كان من صنفه أو من غير

وروى أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم «استعار درعاً من صفوان فقال اغصبا يا محمد فقال عليه السلام بل عارية مضمونة» ^(١) قال صاحب الكتاب ولها أركان وأحكام أما الأركان (فأحدها) المعير والمعتبر فيه ملكه المنفعة وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات وإنما اعتبرت ملكية المنفعة دون العين لأن الإغارة ترد على المنفعة دون العين وإنما اعتبر عدم الحجر في التبرعات لأن الإغارة تبرع ويتعلق بقيد الملكية صورتان (أحدهما) أن المستأجر يجوز له أن يعير لأنه مالك المنفعة ألا ترى أنه يجوز له أخذ العوض عنها بمقدار الإجارة وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار له أن يعيرها (والثانية) أن المستعير هل يعير فيه وجهان (أحدهما) نعم كالمستأجر فإن للمستأجر أن يؤجر فكذلك المستعير

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان أدرعاً يوم حنين فقال أغصبا يا محمد فقال بل عارية مضمونة: أبو داود من حديث صفوان وقال لا بل عارية مضمونة وأخرجه أحمد والنسائي والحاكم وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ولفظه بل عارية مؤداة وزاد أحمد والنسائي فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمها له فقال أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب وفي رواية لأبي داود أن الأدرع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين وزاد فيه معنى ما تقدم ورواه البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أمية بن صفوان مرسلين أن الأدرع كانت ثمانين ورواه الحاكم من حديث جابر وذكر أنها مائة درع وما يصلحها أخرجه في أول المناقب وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث زاد ابن حزم أن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية يعني الذي رواه أبو داود في الباب عن ابن عمر أخرجه البزار بلفظ العارية مؤداة وفيه العمري وهو ضعيف وعن أنس أخرجه الطبراني في الأوسط بلفظ أن بعض أهل النبي صلى الله عليه وسلم استعار قصعة فضيعها فضمها له النبي صلى الله عليه وسلم تفرد به سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف *

صنفه ولا ينبغي التردد في ذلك على أصل الشافعي فيه فإن المرسل على أصل الشافعي لا يعمل به وحده وإنما عمل به لاعتضاده بأثر أبي بكر رضي الله عنه وإنما اعتضد بما في بيع اللحم في الماء كحل من غير جنسه لكننا نعديه إلى منعه بالحيوان من جنسه بطريق الأولى فلا يحسن أن يخرج مورد الأثر الذي يقويه الاعتصاد *

(١) يياض
بالأصل فحرر

(فرع) بيع اللحم بالسك الحى فيه وجهان فى الحاوى وغيره (أحدهما) لا يجوز لأنه بيع اللحم بالحيوان (قلت) وهو قول ابن أبى هريرة (والثانى) يجوز لأن حى السمك فى حكم ميتته (قلت) فإذا كان فى حكم ميتته فينبغى أن يكون فى حكم بيع اللحم باللحم (ان قلنا) انه من جنسه لم يحز والجاز وانرو يأتى جعل الوجهين تفرعاً على قوله السمك ليس من جنس اللحم (فان قلنا) من جنسه (١) (والثانى) أنه يجوز لعدم الربا وقال الماوردى فى جواز بيع الحيوان بالسك وجهين من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أولا *

(٢) كذا
بالأصل فحرر

(فرع) بيع الحيوان بالسك يجوز لأنه لا يسمى لحماً على الإطلاق قال الماوردى فيه وجهان من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أولا قال الرويانى اختيار الماسرخسى (ان قلنا) السمك (٢) وقال القاضى أبو الطيب ان قلنا من جنس سائر اللحوم لم يحز (وان قلنا) جنس آخر فقولان (قلت)

له أن يعير ويمكي هذا عن أبى حنيفة (وأصحها) المنع لأنه غير مالك للمنفعة ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤجر وإنما أبيع له الانتفاع والمستبح لا يملك نقل الملك بالاباحة الى غيره والضيف الذى أبيع له الطعام ليس له أن يبيع اميرة نعم المستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه وبوكيله (الركن الثانى) فى المستعير قال فى الكتاب ولا يعتبر فيه الا كونه أهلاً للتبرع أى يتبرع عليه وكأنه أراد التبرع بعقد يشتمل على الإيجاب والقبول اما بقول أو فعل والا فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع والاحسان اليهما ولا يمكن لا يوهب منهما ولا يعار *

قال (الركن الثالث) المستعار وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقاءه * وفى اعارة الدنانير والدرهم لمنفعة التزيين خلاف لأنها منفعة ضعيفة * فإذا جرت فهي مضمونة لأنها عارية فاسدة * وأن يكون الانتفاع مباحاً فلا تستعار الجوارى للاستمتاع * ويكره الاستخدام المحرم * وكذا يكره استعارة أحد الابوين للخدمة * واعارة العبد المسلم من الكافر * ويحرم اعارة الصيد من المحرم *

(الركن الثالث) المستعار وله شرطان (أحدهما) أن يكون منتفعاً به مع بقاء عينه كالعبيد والدواب والدور والثياب أما الاضمة فلا يجوز اعارتها لان منفعتها فى استهلاكها وفى اعارة الدرهم والدنانير وجهان (أحدهما) الجواز لأنها تصلح للتزيين بها وللخرب على طبعها (وأصحها) المنع لان

ومرادها بذلك والله أعلم السمك الميت فلو باع حيوانا بسمك حي فينبغي أن يبنى على الوجهين السابقين أن راعينا أن حي السمك في حكم ميتة فيكون كما لو باع حيوانا بلحم سمك فيجوز فيه الخلاف الذي حكاه أبو الطيب والماوردي وإن جعلنا السمك الحي كالحيوان صار ذلك كبيع حيوان بحيوان وهو جائز وصورها الرافعي وانقاضي حين في لحم السمك بالاشاة وهو ابن فانه قد يتوقف اللحم على السمكة الكاملة وإن كانت ميتة والأقرب إطلاقه عليه كالحيوان المذبوح وقال إن الأصح البطلان قال القاضي حسين في ذلك (إن قلنا) إن السمك يسمى لحماً فإن راعينا الخبر لم يجوز أن راعينا المعنى يخرج على الوجهين يعني في اختلاف الجنس (وإن قلنا) السمك لا يسمى لحماً جاز سواء راعينا الخبر أو المعنى وهذا ترتيب حسن أعني ما سلكه القاضي حسين وحينئذ فإن القول بالجواز قول ابن أبي هريرة قال لأنه لا يطلق عليه لحم أي لا يدخل السمك في اسم اللحم على ما تقدم والمراد بذلك والله أعلم ما قال أبو الطيب وقال ابن الصباغ إن باع لحماً بسمكة حية أو لحم السمك بحيوان حي (فإن قلنا) أنه من جملة اللحوم كان كلحم غنم ببقرة ولا فقولان لوقوع اسم اللحم والحيوان عليه •

هذه منفعة ضعيفة قلما تقصد ومعظم منفعتها في الاتفاق والخراج قال الامام وما ذكرناه في الدراهم يجرى في استعارة الخنطة والشعر وما في معناها ولك أن تبحث عن مواضع الخلاف أهو ماذا صرح بالاعارة للترين أم اذا أطلق فالجواب ان الاسبق الى الفهم من كلامهم في مسألة الدراهم ان الخلاف في حالة الاطلاق فاما اذا صرح بفرض الترين فقد اتخذ هذه المنفعة مقصداً وإن ضعفت فينبغي أن يصح وبصحته أجاب في التتمة وعلى هذا قوله في الكتاب لمنفعة الترين ليس هو من كلام المعير وإنما هو إشارة الى صورة الجواز لكن هذا يتفرع على تصحيح الاعارة مطلقاً أما اذا شرطنا تعيين جهة الانتفاع فلا بد من التعرض للترين أو غيره وسيأتي الخلاف فيه وحيث قلنا انه لا يصح اعارتها فإن جرت فهي مضمونة لان العارية الصحيحة مضمونة والفاصلة حكم الصحيحة في الضمان وفيه وجه أنها غير مضمونة لان العارية صحيحة أو فسدت تعتمد منفعة معتبرة فاذا لم توجد فما جرى بينهما ليس بعارية لا أنه عارية فاسدة ومن قبض مال الغير باذنه لا لمنفعته كان أمانة في يده (الشرط الثاني) أن تكون المنفعة مباحة فلا يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع وأما للخدمة فيجوز ان كانت الاعارة من محرم أو امرأة والا فلا يجوز لخوف الفتنة الا اذا كانت صغيرة لا تشتهى أو قبيحة فقيها وجهان (وقوله) في الكتاب ويكره الاستخدام الا للحرم لفظ الكراهية يستعمل للتحريم تارة وللتنزيه أخرى وأراد ههنا التحريم على ما صرح به في الوسيط وهو جواب على نفي الفرق بين الصغيرة والكبيرة ثم انه حكم في الوسيط بالصحة وإن كانت الاعارة محظورة فيشبهه أن يقال بالفساد

﴿ فرع ﴾ بيع اللحم بالعظم جائز قاله الماوردي وكذلك اللبن بالحيوان قاله الماوردي وأيضاً قال في الباب وأورد الماوردي على نفسه بأن اللبن يسمى لحماً روى أن نبياً شكى إلى الله تعالى الضعف فأوحى إليه أن كل اللحم باللحم يعني اللحم باللبن وقال الشاعر

يطعمها اللحم إذا عز الشجر * والخيل في إطعامها اللحم ضرر

يعنى أنه يطعمها اللبن عند عزة المرعي وأجاب بأن تسمية العرب اللبن لحماً استعارة ومجاز لاحقية ألا ترى أنه يجوز بيع اللحم باللبن متفاضلاً ولا يحنت باللبن إذا حلف على اللحم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفي بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ القولان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والرافعي والقفال والقرني رصرح الحاملي أنه منصوص عليهما وذكر الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنجي أن قول المنع منصوص عليه في الصرف قال الحاملي في المجموع القياس الجواز وقال القفال في شرح التلخيص أن قول الجواز قاله الربيع وأن قول المنع هو الصحيح وكذلك قال البغوي في التهذيب أن الأصح

فالأجارة للمنفعة المحرمة ويشعر بهما ما أطلقه المعظم من نفي الجواب ويكره استعارة أحد الأبوين للخدمة لأن استخدامهما مكروه ولفظ الامام في المسألة نفى الحل ويكره اعارة العبد المسلم من الكافر وهي كراهة تنزيه ولا يجوز للحلال اعارة الصيد من المحرم لأنه يحرم عليه امساكه فلو فعل وتلف في يد المحرم ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة للحلال وإن أعار محرم من حلال (فإن قلنا) إن المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لأنه أعار ماله ليس ملكاً له وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد الحلال لأنه متعد بالاعارة وكان من حقه الإرسال (وإن قلنا) لا تنزل صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة لو تلف الصيد عنده *

﴿ فرع ﴾ دفع شاة إلى رجل وقال ملكتك درها ونسلها فهي هبة فاسدة وما حصل في يده من الدر والنسل كالمقبوض بالهبة الفاسدة والشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة ولو قال أحت لك درها ونسلها فهو كما لو قال ملكتك على أحد الوجهين (والثاني) أنها اباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة وهذا ما أورده صاحب التتمة وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة بخلاف الاجارة ولو قال ملكتك لك درها وأباحت لك على أن تغلفها قال في التهذيب العلف اجرة وثمن الدر والنسل والشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة باجارة فاسدة

المنصوص في أكثر الكتب لا يجوز الخبر لظاهر (قلت) قوله إنه المنصوص في أكثر الكتب يعني كتب الشافعي وقد رأيت ذلك منصوصاً في الام^(١) من بيع الآجال قال الشافعي رحمه الله سواء كان يؤكل لحمه أو لا يؤكل وقال الرافعي أصحهما عند القفال المنع لظاهر الخبر وقال في الشرح الصغير ربح منهما المنع إشارة إلى ترجيح القفال وهو الذي جزم به الصيمري في شرح الكفاية والقول الثاني مذهب مالك وأحمد وقال ابن أبي عصرون في الانتصار والجرجاني في الشافعي أنه أصح القولين أعني الصحة وجزم به في غيره من كتبه قال الشافعي رضي الله عنه في البويطي في باب حبل الحبل ولا بأس من أن يباع مالا يؤكل لحمه من الأحياء باللحم الموضوع ثم قال فيه أيضاً وقد قيل ولا يباع لحم بحسوان مما يؤكل ومما لا يؤكل دليل ترجيحه وبين القولين ما ذكره المصنف والظاهر أن مراده به الخبر الذي قدمته وفي الاستدلال به لذلك نظر لأن المتقدم خبر سعيد المرسل على أثر أبي بكر وتقدم أن الشافعي لا يحتج بالمرسل وإنما احتج بذلك لاعتضاده بالأثر والذي عضده الأثر فيه إنما هو في بيع العناق بلحم الجزور وهما مما يؤكل لهما فتبقى دلالة المرسل على غير المأكول مجردة عما يعضدها ولا بعد في أن يتمسك بدليل في بعض مدلوله تعاضد مثل ذلك في حديث عروة البارقي وشرائه الشاتين بدينار وبيعه إحداهما بدينار وعمل به في الحكم الموافق للقياس دون المخالف له لما كان مرسلًا كما بين ذلك في

(١) بياض
بالاصل فخر

والدر والنسل مضمون عليه بالشراء الفاسد وكذلك لو دفع قراضة إلى سقاء وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده وانكسر ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ولم يضمن الكوز لأنه في يده باجارة فاسدة فإن أخذه مجاناً فالكوز عارية والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة (الثاني) قال في التتمة تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة حتى لو قال أعزني دابتك فقال المالك ادخل الاسطبل وخذ ما أردت صحت العارية بخلاف الاجارة تصان عن مثلها لأن الغرر لا يحتمل في المعاوضة *

قال في الرابع صيغة الاعارة وهو كل لفظ يدل على الاذن في الانتفاع * ويكفي القبول بالفعل * ولو قال أعزتك حماري لتعير لي فرسك فهو اجارة فاسدة غير صحيحة ولا مضمونة * ولو قال اغسل هذا الثوب فهو استعارة لبدنه * وإن كان الغاسل ممن يعمل بالاجرة اعتياداً استحق الاجرة *

في الباب ما يدل على الاذن في الانتفاع لقوله أعزتك أو أخذه لتنتفع به وما أشبه ثم ظاهر لفظ الكتاب أنه يعتبر اللفظ من جهة المعير وأنه لا يعتبر من جهة المستعير وإنما يعتبر منه القبول أما باللفظ وأما بالفعل كما في الضيف وقد صرح بهذا في الوسيط وقال صاحب التهذيب وغيره المعتبر في الاعارة اللفظ من أحد الطرفين والفعل من الآخر حتى لو قال المستعير أعزني فرسك المالك إليه صحت الاعارة وكان كما لو قال خذ لتنتفع به فأخذه تشبيهاً للاعارة باباحة الطعام وذكر أبو سعيد المتولي أن اللفظ

موضعه الا أنا نقول ان الاعتضاد وان امتنع بالآثر فهو حاصل بأمور أخرى (منها) قول أكثر أهل العلم وانتشاره في الناس من غير دافع والقياس الذي تقدم في كلام الأصحاب فلهذا يصح التمسك بالخبر علي ما تمهد أولا وان ورد عليه ما ذكرته هناك فهو وارد على الاعتضاد بالأكثر ولا يمكن التمسك في ذلك بحديث سمرة ولو ثبت اتصاله وصحته لأنه إنما ورد في بيع الشاة باللحم والشاة ما كولة فليس في لفظه عموم يدخل تحته الحيوان غير المأكول وقد يقال ان أثر أبي بكر عضده في منع بيعه بالمأكول وإن كان من غير جنسه والمعني الذي قد يتخيل في ذلك من جهة الربا مندفع باختلاف الجنس ولم يظهر معني آخر يعمل به فكان التمسك بعموم الخبر أولى وقال الشيخ أبو حامد يكون المعني في ذلك أنه حي بميت وعلى هذا المعني أيضاً يتعدى إلى غير المأكول لكن لا يظهر لهذا الوصف معني مخيل وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البند نيجي ان الأقيس الجواز وبالمنع جزم ابن سراقفة في العلتين وبما يتبع حمله وقال الماوردي ان القول الأول قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة (والثاني) قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس (واعلم) أن تقدير هذا الأصل الذي أشار إليه الماوردي من المهمات فعليه تبتي هذه المسألة وغيرها وبنى القاضي حسين على هذا الأصل الذي ذكره الماوردي الخلاف في بيع الشاة بلحم البقر اذا قلنا انها أجناس مختلفة وقد حكى الماوردي فيه طريقة من لأصحابنا ولا ينبغي أن يفهم من قولنا الأصل فيها اتباع القياس أن لا دليل في المسألة غير القياس بل المراد أن الحكم المذكور هل هو معقول المعني والخبر

لا يعتبر في أحد من الطرفين حتى لو رآه عارياً فاعطاه قيصاً فلبسه تمت العارية وكذلك لو فرش لضييفه فراشاً أو بساطاً أو مصلًى أو القى له وسادة فجلس عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل مجلساً على البسط المفروشة لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص معين ولا بد في العارية من تعيين الشخص المستعير وهذا الذي ذكره يشبه تمام الشبه بالضيافة ويوافقه ما ذكره عن الشيخ أبي عاصم انه اذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة اليه حيث جرت العادة باستعمالها كل الطعام من القصعة فيها كان عارية لانه منتفع بمالك الغير باذنه والاشهر الراوية الوسطى ولو أعلم قوله في الكتاب وصيغة الاعارة - بالواو - لما ذكره في التتمة لكان صحيحاً ثم في الفصل مسألتان (الأولى) اذا قال أعرتك حمارى لتعيرني فرسك فهو اجارة فاسدة على كل واحد منهما أجرة مثل دابة الآخر وكذلك الحكم اذا اعاره شيئاً بعوض مجهول كما لو أعار دابته ليعلفها أو داره ليطين سطحها وكذلك لو كان العوض معلوماً ولكن مدة الاعارة مجهولة كما لو قال أعرتك بعشر دراهم أو لتعيرني ثوبك شهراً وفيه وجه أنه عارية فاسدة نظراً إلى اللفظ فعلى هذا تكون مضمونة عليه وعلى الأول لا ضمان ولو بين مدة الاعارة وذكر عوضاً معلوماً فقال أعرتك هذه الدار شهراً واليوم بعشرة دراهم لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم فهي اجارة

فيه على وفق القياس أو هو تعبد يستند فيه الى اتباع السنة فقط من غير ملاحظة معنى ومن فروع ذلك أنا إن جعلناه تعبدًا امتنع قياس غيره عليه والا جاز ولا بد منها من ملاحظة أصل آخر وهو أن النص العام إذا استنبط منه معنى يخصه هل يجوز فإن الخبر عام في المأكول وغيره والمعنى المستنبط وهو ملاحظة الربا يقتضى تخصيصه بالمأكول وقد اشتهر في ذلك خلاف في المذهب وله نظائر (منها) لمس ذوات المحارم داخل في عموم الآية والمعنى يقتضى إخراجها وسأذكر ذلك في آخر الكلام إن شاء الله تعالى •

﴿ فرع ﴾ لا يباع مالا يؤكل لحمه بالشاة المذبوحة والطيور المذبوح لأنه في حكم الغائب نص عليه في البويطى ولا اختصاص له بذلك صرح الأصحاب بأنه لا يجوز بيع اللحم في الجلد مطلقاً قبل السخ ولا الجلد أيضاً ولو باع اللحم مع الجلد قال القاضى حسين فى باب بيع الثمار الصحيح أنه لا يجوز قال وبيع الأكارع يجوز لأن المقاطع معلومة وبيع رأسها إن كان متديلاً بجادة رقيقة جاز وإن كان هناك لحم كثير لم يحز لأن المقاطع غير معلومة •

﴿ فرع ﴾ بيع السمك الحى بالسمك الحى هل يجوز أم لا (إن قلنا) يحل ابتلاع السمك حياً فى حال صغره فلا يجوز (وإن قلنا) لا يحل فيجوز كما يجوز بيع الغنم بالغنم قاله يعقوب بن عبد الرحمن ابن أبى عصرون فى مجموعه •

﴿ فرع ﴾ على القول الأول لا يجوز بيع لحم يغل ولا بحمار ولا بعبد لافرق فى ذلك بين العبد والبهيمة قاله أبو حامد وأبو الطيب والصيمرى وغيرهم •

محيحة مضمونة أو اعارة فاسدة فيه وجهان مبنيان على أن النظر الى اللفظ والمعنى ولو دفع دراهم الى رجل وقال اجلس فى هذا الخانوت واتجر عايتها بنفسك أو دفع اليه بذرا وقال ازرع به هذه الارض فهو معير الخانوت والارض واما الدراهم والبذر فتكون هبة أو قرضاً فيه وجهان (الثانية) لو قال لقصار اغسل هذا الثوب أو لخياط خطه مجاناً ففعل فلا أجر له ولو قال اغسله أو خيطه وأنا أعطيك حقلك أو أجرتك ستحق أجره المثل وهذا اجارة فاسدة ولو اقتصر على قوله اغسله أو خيطه ففيه أوجه نذكر بعضها فى الاجارة فان ذلك الموضع أحق بذكرها وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة هناك وذكر بعض تلك الأوجه واعرف فى هذا المقام سببين (أحدهما) أن قوله فهو استعارة أراد به استعارة بدنه لذلك العمل ولا يعد فى إطلاق الاستعارة والاعارة فى منافع الحر كالأجارة (والثانى) أن حاصل جوابه فى المسألة أنه إن كان ممن يعتاد ذلك بالأجرة استحق الأجرة والا فلا وهذا أحد الوجوه المشار اليها لـكن ظاهر المذهب غيره على ما سيأتى •

(فرع) لو باع شحم الغنم بحوت حي لم يجز قاله الصيغرى وهو يوافق ما تقدم أن بيع اللحم بالحوت الحى لا يجوز وعند ابن أبى هريرة أن الشحم كاللحم على الأصح •

(فرع) فى بيع الشحم والآلية والطحال والقاب والسكبد والرثة بالحيوان وبيع السنام بالابل وجهان حكاهما الماوردى والرافعى (أحدهما) يجوز لأن النهى فى بيع اللحم بالحيوان (وأصحها) عند الرافعى المنع لأنه فى معناه هكذا قال الرافعى وجزم صاحب التهذيب بالمنع فى السنام والآلية ولم يذكر غيرهما قال الماوردى وهما مخرجان من القولين فى أن أصل المسألة اتباع السنة أو القياس فى الأول يجوز وعلى الثانى لا يجوز لأن الشحم وجميع هذه الأشياء فى الحيوان وعلى هذا الأصل الذى قاله الماوردى ينبغى أن يكون الصحيح جواز بيع هذه الأشياء بالحيوان لأن الصحيح فى المسألة اتباع السنة فلذلك كان الأصح منع بيع اللحم بالحيوان غير الماء كقول فالجمع بين تصحيح المنع فى غير الماء كقول والمنع فى هذه الأشياء متضاد (قلت) تصحيح امتناع بيع اللحم بغير الماء كقول لا يدل على كون الصحيح من المدركين التعبد بل نقول ان الحكم معقول المعنى ولكن فرق بين الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص وبين إخراج بعض المنصوص عليه فان الأول قياس محض يعتبر فيه وجود شرائط القياس لا غير (وأما الثانى) فهو تخصيص العموم بالقياس وقد تجد معنى مخيلاً يمكن إحالة الحكم عليه والقياس به لا ينهض فى القوة إلى حيث يخص به العموم فان دلالة العموم على أفرادها

قال (أما أحكامها فاربعة (الأول الضمان) والعارية مضمونة الرد والعين بقيمتها (ح) يوم التلف • وقيل بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف كالغصب • وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون • والمستعير من المستأجر هل يضمن فيه خلاف • والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان اذا تلف تحت يده • ولو طواب بأجرة المنفعة فما تلف تحت يده فلا خلاف فى قرار ضمانه على المعير • وما تلف باستيفائه فقولان لأنه مفرور فيه •

من أحكام العارية الضمان والكلام فى ضمان الرد والعين والاجزاء أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير وقوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(١) وأيضاً فان الاعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة (وأما) ضمان العين فانها اذا تلفت فى يد المستعير ضمنها سواء تلفت بأفة سماوية أو بفعلة بتقصير أو من غير تقصير وبه قال أحمد

(١) حديث (على اليد ما أخذت حتى تؤديه . أحمد والنسائى وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرقور وادأ بوداودو الترمذى بلفظ حتى تؤدى والحسن مخلف فى سماعه من سمرقور زاد فيه أكثرهم ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه •

ظاهرة قوية لا تزال بما هو أقوى منها بخلاف إثبات الحكم في محل مسكوت عنه لا يعارض للمعنى فيه فيتبع اللحم بغير الماء كقول تعارض فيه ظاهر العموم والمعنى المستنبط فتمسكنا بظاهر • وبيع الشحم ونحوه بالحيوان وجد فيه المعنى بدون معارض لذلك العمل المعنى فيه وليس تنصيص الشارع على اللحم نافية لغيره لأن تعاقب الحكم بالاسم لا يدل على نفيه عما عداه وقال وعلي هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان إن لم يكن مدبوغا وإن كان مدبوغا فلا منع وجزم الماوردي بجواز بيع اللحم بالجلد وأطلق وحكاه الروياني عنه لأنه لا ربا في الجلد ثم قال الروياني وقيل في غير المذبوح وجهان وقال غير الحاوي إنه يجوز بيعه بالعظم أيضا وجه واحد وقال القاضي حسين إن باع جلد المذبوح من الشاة أو الوبر منه بالشاة إن راعينا الخبر يجوز وإن راعينا المعنى فوجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه مال ربا (والثاني) يجوز لأنه ليس بمأكول بدليل أنه يباح أكله (قلت) هذا كلام عجيب (وقوله) بدليل أنه يباح أكله أعجب (وقوله) في الوبر أعجب فإن الجلد إن أمكن تمشيه كونه ربويا ففرضه في جلد يؤكل والوبر كيف يمكن تمشيه ذلك فيه وقد تقدم اعتراض النووي على الرافعي واعتذر أي عنه وذلك العذر لا يأتي ههنا والله أعلم • قل القاضي فاما إذا باع جلد المذكاة بالشاة إن راعينا الخبر يجوز وإن راعينا المعنى فوجهان قال وههنا أولى بأن

وقال أبو حنيفة لا يضمن إلا إذا تعدى فيها وعن رواية الشيخ أبي علي أن للشافعي رضي الله عنه قولاً مثله في الأمانى ووجه ظاهر المذهب الخبر المذكور في صدر هذا الباب وأيضا فإنه مال يجب رده إلى مالكه فتجب قيمته عند التلف كالمأخوذ على سبيل السوم وأيضا فإن المستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان ولو كانت العارية أمانة لما استقر كالمودع من الغاصب وذهب مالك إلى أن العارية مضمونة إلا أن تكون حيوانا فهو أمانة ولو أعار بشرط أن تكون أمانة لغى الشرط وكانت مضمونة وإذا وجب الضمان فأى قيمة تجب فيه ثلاثة أوجه وسماها الزجاجي أقوالا وكذلك فعل في الوسيط (أحدها) أقصى القيم من يوم القبض إلى التلف لأنه لو تلف في حالة زيادة القيمة لوجب القيمة الزائدة فاشبهه المعضوب (والثاني) قيمة يوم القبض تشبيهها بالقرض يومئذ (والثالث) وهو الأصح قيمة يوم التلف لأن إيجاب أقصى القيم بمثابة ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال وهى غير مضمونة على الصحيح كما سيأتى ومن قال بالاول منع كون تلك الأجزاء غير مضمونة بالاستعمال على الإطلاق وقال إنما لا يضمن إذا رد العين وينبنى على هذا الخلاف أن العارية إذا ولدت في يد المستعير هل يكون الولد مضمونا في يده إن قلنا إن العارية مضمونة ضمان الغصب كان مضمونا عليه والا فلا وليس له استعماله بلا خلاف والخلاف المذكور في العارية أنها كيف تضمن جار في المأخوذ على سبيل السوم إلا أن الأصح هناك على ما ذكره في النهاية أن الاعتبار بقيمة يوم القبض لأن تضمين أجزاء غير ممتنع وقال غيره الأصح فيه كره في العارية وهذا كله فيما إذا تلفت العين لا بالاستعمال أما إذا تلفت بالاستعمال بأن انحرق الثوب

لا يجوز بعد ذلك رأيت هذا الذي قلته في تعليق القاضى حسين قال إن راعينا الخبر لم يجوز وان راعينا
المعنى (فان قلنا) السمك يسمى لحماً وانه مع لحوم البرية صنف لم يجوز والا جاز •
(فرع) قال الرويانى انه لو اشترى الحيون بالرأس والسكرع لم يجوز بحال قله الرويانى وهو
مشكل لأنه إذا كانت الرأس والكرع من غير جنس اللحم كان بيعها بالحيوان كبيع الشحم بالحيوان
وسائر الأجزاء المتقدمة وقد سمي هو وغيره فيها وجهين فما وجه الجزم في الرأس والسكرع إلا أن
نقول ان فيها لحماً فانه يؤيد ما قدمته من البحث هنا فليراجع • ولو باع الألية بالمعز قال القاضى حسين
ان راعينا الخبر الصحيح أنه يجوز وان راعينا المعنى فهو مثله وفيه وجه آخر لا يجوز (إذا قلنا) الألية مع
اللحم جنس واحد وان باع الألية بالضأن ان راعينا الخبر فالصحيح أنه يجوز وان راعينا المعنى لا يجوز
قاله القاضى حسين وان باع الألية بالألية واللحم فيصير من قاعدة مدعوجة قاله القاضى حسين (قاعدة)
وهي التي وعدت بذكرها في آخر الكلام قال الامام الذي يجب التنبيه له في مضمون هذا الباب
وأمثاله أن من الأصول ما يستند إلى الخبر أو إلى ظاهر القرآن ولكن القياس ينطرق اليه من طريقة
الشريعة فلا يمنع التصرف في ظاهر القرآن والسنة بالقيسة الجملة إذا كان التنزيل متمماً لا ينسب

باللبس فوجهان (أصحهما) أنه لا يجب ضمانها كالأجزاء (والثاني) يجب لأن حق العارية ان ترد فاذا تعذر
الرد لزم الضمان وعلى هذا فما الذي يضمن فيه وجهان (أحدهما) وهو المذكور في النهاية انه يضمن
العين بجميع أجزائها (وأصحهما) وهو المذكور في التهذيب انه يضمن في آخر حالات التقويم وصححه
في التتمة (واما) ضمان الاجزاء فاتفق منها بسبب الاستعمال المأذون فيه كأنحق الثوب باللبس لا يلزم
ضمانها لحدوثه عن سبب واذن فيه وفيه وجه ضعيف أنه يلزم لأن العارية مؤداة فاذا تالف بعضها فأت
رده فيضمن بدله وما تالف منها بغير هذا السبب ففيه وجهان مذكوران في التهذيب (أحدهما) انه لا يلزم
ضمانها أيضاً كما لو تالف بالاستعمال ويكتفى برد الباقي (وأصحهما) ان لزوم كما لو تلفت العين كلها وهلاك
الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد كأنحق الثوب وتعييدها به كالأحق كذا ذكره الامام وفيما جمع من فتاوى
القفال انه لو قرح ظهرها بالحمل وتلفت منه يضمن سواء كان متعدياً بما حمل أو لم يكن لأنه إنما اذن في الحمل
لا في الجراحة وردها إلى المالك لا يخرج منه عن الضمان لأن السراية تولدت من مضمون فصار كما لو جرح دابة
الغير في يده وهذا في الحمل الذي هو غير متعد به جواباً على وجوب الضمان في صورة تفسير الانحقاق
والله أعلم * وجميع ما ذكرنا فيما اذا استعار من المالك ووراء صورتان (أحدهما) اذا استعار من
المستأجر أو الموصى له بالمنفعة فأحد الوجهين انه يضمن كما لو استعار من المالك (وأصحهما) أنه
لا يضمن لأن المستأجر لا يضمن وهو نائب المستأجر لا ترى أنه اذا انقضت مدة الاجارة ارتفعت

نظر المنصف عنه والشرط في ذلك أن يكون صدر القياس من غير الأصل الذي فيه وأورد الظاهر
فإن لم يتجه قياس من غير مورد الظاهر لم يجز إزالة الظاهر بمعنى يستنبط منه يضمن تخصيصه وقصره
على بعض المسميات فأما ما لا يتطرق اليه معنى مستمر صائر إلى السير فالأصل فيه التعاقب بالظاهر وينزل
منزلة الوصف ولكن قد يلوح مع هذا مقصود الشارع بجهة من الجهات فيتمين النظر اليه وهذا له
أمثلة (منها) آية الملامسة ترد ونص الشافعي في لمس المحارم من جهة أن التعليل لا جريان له في الاحداث
الناقضة وما لا يجري القياس في إثباته فلا يكاد يجري في نفيه فمال الشافعي رضي الله عنه إلى اتباع
اسم النساء وأصح قوله أن الطهارة لا تنتقض لان ذكر الملامسة المضافة إلى النساء مع سياق الاحداث
يشعر بالمس اللواتي يقصدن باللمس فإن لم يتجه معنى صحيح دلت القرينة على التخصيص ومن هذا
القبيل قوله عليه السلام «ليس للقاتل من الميراث شيء» فالحرمان لا سبيل فيه إلى التعليل كما ذكرنا في الخلاف
وإذا نسند مسلك التعليل اقتضى الحال التعاقب باللفظ فردد الشافعي نصه في القتل قصاصاً فوجه الحرمان
التعلق بالظاهر مع حسم التعليل ووجه التوريث التطلع على مقصود الشارع وليس يخفى أن مقصوده
مضادة غرض المستعمل والذي نحن فيه من بيع اللحم بالحیوان خارج عن هذا القانون فمن عمو

الاعارة وانه استقرت الأجرة على المستأجر بانتفاع المستعير ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن
رد على المستأجر وعلى المالك إن رد عليه كما لو رد عليه المستأجر (الثانية) إذا استعار المصوب
من الغاصب وتلف في يده غرم المالك قيمته يوم التلف من شاء منهما فإن الضمان على المستعير
لان المال حصل في يده بجهة مضمونة وان كانت قيمته يوم التلف أكثر نظراً كانت الزيادة في
يد المعير الغاصب لم يطالب بها غيره وان كانت في يد المستعير (فإن قلنا) العارية تضمن ضمان الغاصب
فهو كقيمته يوم التلف (وان قلنا) لا تضمن ضمان المصوب فغرامة الزيادة كغرامة المنافع وإذا طالبه
المالك فغرامة المنافع وغرمها بالمنفعة التي تلفت في يده قرار ضمانها على المعير لأن يد المستعير في المنافع
ليست يد ضمان والتي استوفها بنفسه فيها قولان مشروحان في الغصب النظر في احدهما إلى تقرير
المعير اياه وفي الثاني إلى مباشرته الاتلاف وهو الاظهر والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم
المستعير من الغاصب إن ضمن المستعير من المستأجر والا فیر جمع بالقيمة التي غرمها على المستأجر ويرجع
المستأجر على الغاصب *

قال ﴿ والمستعير كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق ﴾ فلو أركب وكيله
المستعمل في شغل له دابته فتلفت فلا ضمان عليه • ولو أركب في الطريق فقيراً تصدق عليه • فالأظهر
أنه لا يضمن •

تعلق بقول الشارع ومن فصل تشوف إلى درك مقصوده وهو أن في الحيوان لحماً ومن تمسك بظاهر اللفظ نقل ترتب كلامه فيقرب بعض المراتب ويبعد بعضها فالقتل قصاصاً أقرب قليلاً والقتل حداً سيما إذا ثبت باقرار من عليه الحد بعيد ومن هذا القبيل منع بيع اللحم بالعبد ولو ادعى العلم في أن هذا ليس مراد الشارع لم يكن بعيداً هذا آخر كلام الامام **﴿ فائدة ﴾** قوله في بعض ألفاظ الحديث لا يباع حي يميت الميت في اللغة من فارقت الحياة فيشمل المذبوح وفي الشرع من مات حتف أنفه ولكنه لما قول بالحي تعين أن المراد به المعنى الأول وأيضاً فإن الميت لا يباع بحي ولا بغيره والله تعالى أعلم • قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تناهى جفافه ونزع منه العظم لأنه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم فيه وجهان قال أبو سعيد عبيد الاصطخري يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض ويخالف النوى في التمر فإن فيه مصلحة له وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له ﴾

ذكر حد المستعير لبنى عليه مسائل فقال والمستعير كل طالب اخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق وزاد بعضهم فقال من غير استحقاق وتلك وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض (وأما نفي الاستحقاق والقصد منه الاحتراز عن المستأجر والحد مع هذه الزيادة ودونها معترض من وجهين (أحدهما) أنه منقوض بالمستام من الغاصب (والثاني) أن التعرض لكونه طالباً غير محتاج إليه إذ لا فرق بين أن يلتبس المستعير حتى يعير وبين أن يبتدىء المعير بالاعارة (وأما) المسائل المشار إليها (فمنها) أنه لو أركب وكيله الذي استعمله في أشغاله دابة وسيره إلى موضع فتلفت الدابة في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لأنه لم يأخذها لغرض نفسه وكذلك لو سلمها إلى راض ليروضها أو كان عليها متاع نفيس فأركب انساناً فوقه أحراراً المال (ومنها) لو وجد من أعى في الطريق فأركبه فالشهور أنه يضمن سواء التمس المعير أو ابتدأ المالك وقال الامام أنه لا يضمن لأن القصد من هذه العارية التصديق والقربة والصدقات في الاعيان تفارق الهبات ألا ترى أنه يرجع في الهبة ولا يرجع في الصدقة وكذلك يجوز أن تفارق العارية التي هي صدقة سائر العواري في الضمان وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً وحكم بأنه أظهر * ولو أركبه مع نفسه فعلي الرديف نصف الضمان ورأى الامام أنه لا يلزمه شيء تشبهاً بالضيف وعلى الاول لو وضع متاعه على دابة غيره وأمره أن يسير الدابة ففعل كان صاحب المتاع مستعيراً للدابة بقسط متاعه مما عليها حتى لو كان عليها مثل متاعه وتلف ضمن

﴿ الشرح ﴾ تقدم الكلام في أنه لا يجوز بيع اللحم الطرى بالطرى وشرع المصنف الآن يذكر حكمه إذا جف وجواز بيعه جافاً واشترط التناهي في الجفاف متفق عليه بين الشافعي والأصحاب وفسر الشافعي رحمه الله في الام انتهاء جفافه بأن يملح ويسيل ماؤه قال فذلك انتهاء جفوفه فإذا انتهى بيع رطل رطل وزناً بوزن يداً بيده من صنف وقد تقدم شيء من كلام الشافعي هذا وجواز بيع بعضه ببعض إذا نزع منه العظم لا خلاف فيه بين الأصحاب وممن نفي الخلاف فيه أبو الطيب والرويانى وفرقوا بينه وبين التمر إذا نزع منه النوى حيث لا يجوز على أحد الوجهين بأن التمر إذا نزع منه النوى يتجافى في المكىال فلا يمكن اعتبار التماثل فيه بخلاف اللحم فإن اعتبار التماثل فيه إذا نزع منه العظم يكون أمكن وبأن بقاء النوى في التمر من مصلحته وبقاء العظم في اللحم مفسد لانه يتغير بما في العظم من المخ فلا يصل اليه المالح ثم ان كثيراً من الأصحاب أطلقوا الجواز في ذلك واستثنى القاضي حسين والرافعي من ذلك أن يكون في اللحمين أو أحدهما من المالح ما يظهر في الوقت فانه يمنع من بيع بعضه ببعض قال القاضي حسين ان كانا مالحين بالمالح بأن ينثر عليهما المالح أو شيء من الكزبرة أو غيره فانه لا يجوز ان صب عليه ماء المالح فينبذ يجوز • أما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والحاملي والماوردي وابن الصباغ

نصف الدابة ولو لم يقل صاحب المتاع سيرها ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيراً ودخل المتاع في ضمان صاحب الدابة لانه كان من حقه أن يطرحها وان كان لأحد الرقيقين في السفر متاع وللآخر دابة فقال صاحب المتاع للآخر احملى متاعى على دابتك فاجابه فصاحب المتاع مستعير لها ولو قال صاحب الدابة اعطني متاعك لاضعه على الدابة فهو مستودع متاعه ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع أورده في التهذيب •

﴿ فرع ﴾ لو استعار دابة ليركبها إلى موضع فجاوزه فهو متعد من وقت المجاوزة وعليه أجرة المثل ذهاباً ورجوعاً إلى ذلك الموضع وفي لزوم الأجرة من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه وجهان (وجه المنع) أنه مأذون فيه من جهة المالك (وجهه) اللزوم ان ذلك قد انقطع بالمجاوزة وعلى هذا فليس له الركوب من ذلك الموضع بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذي استعار اليه •

﴿ فرع ﴾ أودعه ثوباً وقال ان شئت تلبسه فالبسه فهو قبل اللبس وديعة وبعده عارية وعن صاحب التقریب تخريج وجه آخر من السوم لأنه مقبوض على توقع عقد ضمان قال ولو قيل لاضمان في السوم أيضاً تخريجاً مما نحن فيه لم يبعد •

والقاضي حسين والفوراني ونصر المقدسي وآخرون كما حكاهما المصنف وعزا القاضي أبو الطيب المنع إلى أبي اسحق المروزي مع نقله الجواز عن الاصطخري وزعم الروياني أن القاضي الطبري نسب الجواز إلى أكثر الأصحاب ولم أجد ذلك في تعليقه فليحمل ذلك على الوهم لأن أكثر الأصحاب على خلافه والله أعلم * والتوجيه مذکور في الكتاب قال القاضي حسين بل بقاء العظم يزيد فساداً (والاصح) أنه لا يجوز ومن صرح بتصحيحه الماورسي في الحاوي ونصر المقدسي والروياني وقالوا إنه المذهب والرافعي وقال إنه الأظهر عند الأكثرين وقال الامام ان اليه مثل الاكثرين وخالف صاحب التهذيب فقال ان الأصح أنه يجوز علي خلاف ما قال أبو اسحق ولا يرد على صاحب التهذيب جزم بأنه لا يجوز بيع التمر المنزوع بغير المنزوع ولا بمثل له أن يقول ان المنع هناك لخروجه بالنزع عن حالة الكمال واللحم المقدد كامل سواء نزع منه العظم أم لم ينزع ومن وافق صاحب التهذيب علي تصحيح الجواز في ذلك الجرجاني في الشافعي وقاسه على بيع التمر مع النوى وقد فرق بأن بقاء النوى من مصلحة التمر وليس بقاء العظم من مصلحة اللحم كذلك وهذا إنما جرد القول بالجواز (وأما) بيع الجاف بالطري فقد تقدم أنه لا يجوز *

(فرع) استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم فبني أمانته عنده كما لو طير الريح الثوب في داره * قال الحكم الثاني التسلط على الانتفاع وهو بقدر التسليط فان أذن له في زراعة الحنطة لم يزرع مضرره فوقها وزرع مضرره مثلها أو دونها إلا إذا نهاه * ولو أذن في الغراس فبني أوفى البناء فغرس فوجهان لاختلاف جنس الضرر * ولو أعار الأرض ولم يعين فسدت العارية فان عين جنس الزراعة كفاه *

من أحكام العارية تسلط المستعير على الانتفاع بحسب اذن المعير وتسليطه وفيه مسائل (الأولى) إذا أعار أرضاً للزراعة فلما ان يبين ما يزرعه أو يطلق كما إذا قال أعرتكها للزراعة الحنطة نظر ان لم ينه عن زراعة غيرها فله أن يزرع الحنطة وماضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه وليس له أن يزرع مضرره فوق ضرره كالذرة والقطن فان نهاه عن زراعة غيرها لم يكن له زراعة غيرها وحيث زرع ما ليس له أن يزرعه فلصاحب الأرض قلعه مجاناً وان أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع فوجهان (أصحهما) وهو المذكور في الكتاب ان الاعارة صحيحة وله أن يزرع ما شاء لاطلاق اللفظ (والثاني) أنها لا تصح للتفاوت الظاهر بين أنواع المزروع ولو قيل تصح الاعارة ولا يزرع إلا أقل الاوواع ضرراً لسكان مذهباً (الثانية) إذا أعار للزراعة لم يكن له البناء ولا الغراس لان ضرعهما أكثر والقصد منهما الدوام ولو أعار للغراس هل له أن يبني أو للبناء هل له أن يغرس فيه وجهان (أحدهما) نعم

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بالجواز اذا لم يكن منزوع العظم قال الرافعي فيجوز بيع الفخذ بالجنب ولا نظر الى تفاوت اقدار العظام كتفاوت النوى وقال الامام يجب ان يمتنع بيع العضو الذي يجيء منه مقدار صالح من اللحم بعضو لم يقطع من لحمه شيء فان العظم الباقي في العضو لا يحتمل فان قل المقدار المقطوع بحيث لا يبالى به فلا بأس وجزم صاحب التهذيب بأنه لو استخرج العظم من احدهما ثم بيع بما فيه العظم لا يجوز •

﴿ فرع ﴾ ما ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه أن لا يكون عليه جلد أمالو كان عليه جلد قال الماوردي ان كان غليظا لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم أى لأنه يصير من بيع لحم بلحم مع جهل المائلة وان كان رقيقا يؤكل معه كجلود الحدأ والسجاج فوجهان كالعظم ولحوم الحيتان لا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضه ببيع طريا ولا نديا ولا مملوحا لأن الملح يمنع المائلة ولكن يباع بعضه ببيع بعض اذا بلغ غاية يبدسه غير مملوح فاما اذا اختلف جنسها فيجوز طريا ويابسا ومملوحا •

﴿ فرع ﴾ قال الروياني وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببيع طريا ولا نديا ولا مملوحا ولا يمكن يجوز اذا بلغ غاية يبدسه غير مملوح •

﴿ فرع ﴾ لو ضم عظام من عضو آخر الى اللحم وباعه بلحم آخر فيه عظم اولا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف قاله الروياني في البحر كما لو ضم النوى الى تمر وباع بتمر لا يجوز •

لتقارب ضررها فان كلا منهما للأبد (وأصحهما) لا لاختلاف جنس الضرر فان ضرر الفراس في باطن الأرض أكثر لا انتشار عروقه وضرر البناء في ظاهرها أكثر (الثالثة) ان كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالإسط الذي لا يصلح إلا أن يفرش فلا حاجة في اعارته إلى التعرض للانتفاع وان كان ينتفع به بجهتين فصاعدا كالارض تصلح للزراعة والبناء والفراس والدابة تصلح للحمل والركوب فهل تصح اعارته مطلقا أم لا بد من التعرض لجهة الانتفاع فيه وجهان (أحدهما) وهو الذي أورده الروياني وصاحب التهذيب انها تصح ولا يضر ما فيها من الجهالة بخلاف الاجارة يشترط فيها التعيين لانه يحتمل في العارية ما لا يحتمل في الاجارة (وأظهرهما) عند الامام وهو المذكور في الكتاب انه لا بد من تعيين نوع المنفعة لان الاعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة ولا حاجة الى الاعارة المرسلة وعلى هذا فلو قال اعرتك كذا لتفعل به ما بدالك أو لتنتفع به كيف شئت فوجهان على الوجه الاول للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لا لطلاق الاذن وقال القاضي الروياني ينتفع به على العادة فيه وهذا أحسن •

قال الحسك الثالث جواز الرجوع عن العارية • الا اذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى أن يندرس أثر المدفون • واذا أعار جدارا لوضع الجذوع عليه فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئا إذ لا أجر له حتى يطالب به ولا يمكن هدمه والطرف الآخر في خاص ملك الجار •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لانه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله فلم يجوز بيع اللحم بالحيوان ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ الحكم المذكور جزم به القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والرويانى ونقلوه عن الأصحاب وقالوا انه لا يجوز قولاً واحداً ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد وأن الربا يجرى فى البيض وقال الماوردى ان المسألة على قولين مخرجين من اختلاف قوليه فى الحمل هل يكون تبعاً أو يأخذ قسطاً من الثمن لان البيض كالحمل (فان قيل) ان الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التى فيها بيض بالبيض (وان قلنا) ان الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لم يجوز لأن بيع البيض بالتبع لا يجوز على قوله الجديد وقال الرويانى علل والذى رحمه الله القول الأول بأنه كالمستهلك ما دام فى جوفها وحكى صاحب التتمة أيضاً وجهين لأن النهى ورد عن اللحم بالحيوان وليس هذا داخلاً فيه قل ويخالف اللبن لأن اللبن

الأصل فى العارية الجواز حتى يجوز للمعير الرجوع متى شاء وللمستعير الرد متى شاء لانه مبرة وتبرع فلا يلقى بها الالتزام فيما يتعلق بالمستقبل ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة وعن مالك أنه لا يجوز الرجوع فى المؤقتة واستثنى الأصحاب من الأصل المذكور صورتين (أحدهما) اذا أعار أرضاً لدفن ميت قال فى النهاية وله سقى الأشجار التى فيها ازام يفض الى ظهور شيء من بدن الميت وله الرجوع قبل الحفر وبعده مالم يوضع فيه الميت قال فى التتمة كذا بعد الوضع مالم يواره التراب وذكر أن مؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن على ولي الميت ولا يلزمه العلم • واعلم أن الدفن فى الأرض احدى منافعها كالبناء والغراس وقد ذكرنا خلافاً فى أن التعرض للمنفعة يشترط فى الاعارة أم اطلاق الاعارة تسليط عليه لما فيه من ضرر اللزوم ولو قدر تسليطه عليه لكان ذلك ذريعة الى الزام عارية الارضين (الثانية) اذا أعار جداراً لوضع الجذوع عليه فى جواز الرجوع وجهان (ان جوزناه) ففائدته طلب الاجرة المستقبل أو التخيير بينه وبين القاع وضمان أرش النقصان فيه وجهان وكل ذلك بالشرح المذكور فى كتاب الصالح والذى اجاب به صاحب الكذب هناك جواز الرجوع وأورد تقريراً عليه الوجهين فى فائدة الرجوع (وقوله) ههنا فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً حاصله الجواب بمنع الرجوع لان أثر الرجوع اما طلب الاجرة أو الهدم أو ضمان النقصان وقد تفاهما جميعاً فى هذا الموضع وكان ذلك منعا من الرجوع الا ترى انه لما امتنع فى الصورة السابقة طالب الاجرة والنش اطلقنا القول بمنع الرجوع اذا كان كذلك جاز اعلام قوله فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً - بالواو - وكذلك قوله اذا لأجرة له وقوله ولا يمكن هدمه وقد بين فى الصلح الاصح من الوجهين ماذا وحاول بعض

يمكن حله في الحال والبيض لا يمكن فلا يقابله بالعوض كالحمل في البطن على أحد القولين فوافق
 الماوردي فيما ذكره إلا في تعبيره عن الخلاف بالوجهين وسوى الرافي بين بيع البيض بالدجاج وبيع
 اللبن بالشاء وبيع البيض بالدجاج الخالي عن البيض جائز وبياض البيض وصفاره جنس واحد
 لا يجوز بيع بعضه ببعض قاله الرويانى * وقول المصنف بيع الدجاج تنبيه على أن البيض جائز وهو الذى
 قاله الصيمرى وجعله كاللبن لأنه يفارق بآفة حياً وقد قل الرافي بيع الطيور أجناس إن جعلنا اللحوم
 أجناساً وإن جعلناها جنساً واحداً فهى أجناس أيضاً فى أصح الوجهين وحكى الماوردي أيضاً الخلاف كذلك
 وجزم بأن بيع الطير ليس صنفاً من لحمه وحكى الوجهين فى أن بيع السمك هل هو نوع من لحم
 السمك لأنه يؤكل معه حياً وميتاً وقد تقدم ذلك عند الكلام فى أن اللحوم جنس أو أجناس * وتقييد
 المصنف بقوله فى جوفها بيع يفهم أنه إذا لم يكن فى جوفها بيع يجوز بيعها ببيع الدجاج وهو

من شرح هذا الكتاب الجمع بين كلامه ههنا وبين قوله فى الصالح فمهاجم كان له النقض بشرط
 أن يعرف النقض فحمل ما ذكره فى الدامح على ما إذا كان طرف الجدوع على المستعار وما ذكره
 ههنا على ما إذا كان أحد الطرفين على خاص ملك المستعير لكن فيه نظر من حيث أن الوجه
 الثانى هناك وهو قوله وقيل فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل موجه فى الوسيط وغيره
 بأن الطرف الآخر من خاص ملك المستعير فلا يمكن تمكينه من نقضه فلو كان التصوير هناك
 فيما إذا كان الطرفان على ملك المعير انتظم ذلك وبالجملة فالأمة لم يفرقوا فى حكاية الوجهين
 فى ثبوت الرجوع والوجهين فى فائدة الرجوع إذا أثبتناه بين أن يكون على ملك المعير أحد طرفي
 الجدوع أو كلاهما *

قال (فان أعار البناء والغراس مطلقاً لم يكن له نقضه مجاناً لانه محترم بل يتخير بين أن
 يبقى بأجرة أو ينقض بأرض أو يتملك ببذل فأياً أراد أجزر المستعير عليه * فان أبى كلف تفريغ
 الملك * فان بادر الى التفريغ بالقلع فى وجوب تسوية الحفر خلاف لانه كالمأدون فى القلع بأصل
 العارية * ويجوز للمعير دخول الأرض وبيعها قبل التفريغ * ولا يجوز للمستعير الدخول بعد
 الرجوع للمرمة البناء على وجه * وفى جواز بيعه البناء خلاف لانه معرض للنقض * ولو قال أعزتك
 سنة فإذا مضت قلعت مجاًها فله ذلك * ولو لم يشترط القلع لم يكن له إلا التخيير بين الحال الثلاثة
 كما فى العارية المطلقة * وإذا أعار المزارعة ورجع قبل الإدراك أزمه الإبقاء الى الإدراك * وله أخذ
 الأجرة من وقت الرجوع * وإذا حمل السيل نواة الى أرض فأبنت فالشجرة ملك النواة * والظاهر
 أن لملك الأرض قلعتها مجاناً إذ لا تسلط من جهته *)

كقولك يبيع الشاة التي لالبن فيها باللبن وكذلك أطلق الرافعي رحمه الله أن يبيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة فيفهم من جميع تلك التفاصيل من غير حاجة الى اعادة مثامها وكذلك جزم صاحب التهذيب وصاحب التتمة بجواز بيع البيضة بالدجاج الذي ليس في جوفه بيض قال صاحب التهذيب لان البيضة لم تكن حية فارقها وقصد بذلك الفرق بينها وبين اللحم حيث يمتنع بيعه بالحيوان •

(فروع) نختتم بها باب الربا بالمدايح والبدايح والاملاج والسقمونيا وسائر الادوية ربوية بالاخلاف على المذهب لانها مطعوم مكبل أو موزون وطعمها ارد الدحة كما أن طعم غيرها لحفظ الدحة وفي التتمة حكاية رجه في السقمونيا وكل ما يهلك كثيره ويستعمل قايله والطين الارني ربوي على الصحيح خلافا لابن كج والحراساني ليس ربويا خلافا للمشبخ أبي محمد نقله عنه الرافعي وحكم السيرافي حكم الحراساني قوله المحامي والطفل المصري ليس بربوي قاله نصر وغيره •

اعارة الارض للمبناء والغراس تنقسم الى مطلقة وهي التي لم تبين لها مدة والى مؤقتة وهي التي بين لها مدة (القسم الأول) المطقة للمستعير فيها ان يبني ويغرس ما لم يرجع المعير فاذا رجع لم يكن له البناء والغراس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجانا وكف تسوية الأرض كلفا صب وان كان جاهلا فوجهان كلوجهين فيما لو حمل السيل نواة الى أرض فنبتت وز بما شبهها بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلا بالعزل وأما ماني وغرس قبل الرجوع فان أمكن رفعه من غير نقصان يدخله رفع والا فينظر إن كان قد شرط عليه قلمه مجانا عند رجوعه وتسوية الحفر ألزم ذلك فان امتنع قلمه المعير مجانا وان كان قد شرط القاع دون التسوية لم يجب على المستعير التسوية لأن شرط القاع رضاء بالحفر وان لم يشترط القلع أصلا نظر ان أراد المستعير القلع مكن منه لأنه ملكه فله نقله عنه فاذا قلع فهل عليه التسوية فيه وجهان (أحدهما) لا لأن الاعارة مع العلم بان المستعير أن يقلع رضى بما يحدث من القلع (وأظهرها) نعم لأنه قاع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه ويلزمه رد الأرض الى ما كانت عليه وان لم يختار المستعير القلع لم يكن للمعير قلمه مجانا لأنه بناء محترم ولا كنهه ينخير بين ثلاثة خصال (أحدها) أن يبقيه باجرة يأخذها (والثانية) أن يقلع ويضمن أرش النقصان وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا (الثالثة) أن يتملكه عليه بقيمته فان اختار القلع وبذل أرش النقص فله ذلك والمستعير يجبر عليه وان اختار احد الخصلتين الأخريين أجبر المستعير عليه أيضا فيما رواه جماعة منهم الامام وأبو الحسين العبادي وصاحب الكتاب وفي التهذيب أنه لا بد فيها من رضى المستعير لأن احدهما بيع والأخرى إجارة ويمكن أن يقرر وجه ثالث فارق بين التملك بالقيمة فيقال إذا اختاره المعير أجبر المستعير وهو كتملك الشفيع الشقص بهذا وبين الابقاء بالأجرة فيقال إنه لا بد فيه من رضى المستعير واستخرج هذا الفرق

﴿ فرع ﴾ قال القاضي أبو الطيب في الجواب عن اعتراض المالكية وقولهم إن كل شيء له طعم قال أنا لا نعتبر حاله وإنما نعتبر ما يطعم غالباً • والاعتبار في الطعم بما يعد له في حال الاعتدال والرفاهية دون سني الازم والمجاعة قاله في مختصر النهاية •

﴿ فرع ﴾ الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الاسلام وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وعن أبي حنيفة أن الربا في دار الحرب إنما يجري بين المسلمين المهاجرين فاما بين الحر بين وبين مسلمين لم يهاجرا أو أحدهما فلا ربا وقال إن الذميين إذا تعاقدوا عقد الربا في دار الاسلام فسخ عليهما فلا اعتبار عنده بالدار وعندنا الاعتبار بالعقد فإذا أربى الذي في بلاد الاسلام مع الذمي لم يفسخ كذا قال القفال في شرح التلخيص قال وهكذا سائر البياعات الفاسدة والله أعلم • واحتج أبو حنيفة رضي الله عنه بحديث مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ربا بين مسلم وحربي في دار الحرب » وبأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فالعقد أولى ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا فلا أن كل ما كان حراما في دار الاسلام كان حراما في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأنه

من قول من يقول من الأصحاب بتخير المعير بين خصلتين القلع وضمان الأرض والتملك بالقيمة وهذا ما ذكره القاضي أبو علي وأكثر العراقيين وغيرهم ويشبه أن يكون هذا أظهر في المذهب والمعني الرجوع اليه في الباب ان العارية مكرمة ومبرة فلا يليق بها منع المعير من الرجوع ولا تضييع مال المستعير فأثبتنا الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير ور بطنا الأمر باختيار المعير لأنه الذي صدرت منه هذه المكرمة ولأن ملكه الأرض وهي أصل والبناء والفراس فرع تابع لها وكذلك يتبعها في البيع • فاذا عرفت ما ذكرنا أعلمت قوله فإياها أراد أجبر المستعير عليه - بالواو - (وأما) قوله فإن أبي كلف تفريغ الملك فاعلم أن من فوض الأمر الى اختيار المعير في الخصال الثلاثة قل منه الاختيار ومن المستعير الرضى واسعافه بما طلب فإن لم يسعفه كلفناه تفريغ أرضه ومن اختار رضى المستعير والتملك بالقيمة والابقاء بالأجرة فلا يكلفه التفريغ بل يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختار المستعير شيئا مما خيرناه فيه وسيأتي فليكن قوله فإن أبي كلف تفريغ الملك معلما - بالواو - أيضا ثم من قصر خيرة المعير على خصلتي القلع بشرط ضمان الأرض والتملك بالقيمة قالوا لو امتنع من بذل الأرض أو القيمة وبذل المستعير الأجرة لم يكن للمعير القلع مجانا وإن لم يبندها فوجهان (أظهرهما) أنه ليس له ذلك أيضا وبه أجاب الذين خيروا بين الخصال الثلاثة إذا امتنع منها جميعا وما الذي يفعل قال بعض الأصحاب منهم أبو علي الزجاجي يبيع الحاكم الأرض مع البناء والفراس ليفصل الأمر وقال الأكثر ويحكي عن المزي أنه يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئا ويجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستغلال

عقد فاسد فلا تستباح به العقود عليه كالنكاح (قلت) وهذا الاستدلال ان كان أبو حنيفة يوافق على فساده وأما حديث^(١) فمرسل ان صح الاسناد الى مكحول ثم هو محتمل لأن يكون نهياً فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربي كما بين المسلمين واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات وأما استباحة أموالهم اذا دخل اليهم بأمان فمنوعة فكذا بعقد فاسد ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال لأن الحربي اذا دخل دار الاسلام يستباح ماله بغير عقد ولا يستباح بعقد فاسد ثم ليس كل ما استباح بغير عقد استباح بعقد فاسد كالقروج تستباح بالسبي ولا تستباح بالعقد الفاسد * ومما استدلوا به على أنه لا ربا في دار الحرب ان العباس بن عبد المطلب كان مسلماً قبل فتح مكة فان الحجاج بن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به في القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح « وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب » فدخل في ذلك الربا الذي من بعد اسلامه الى فتح مكة فلو كان الربا الذي بين المسلم والحربي موضوعاً

(١) كذا
بالاصل فخر

بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير اذن المير ويجوز لسقي الاشجار على أصح الوجهين صيانة للملك عن الضياع ووجه المنع أنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه وعلى الاول لو تعطلت المنفعة على صاحب الارض لدخوله قال في التتمة لا يمكن الا بالاجرة ولكل واحد من المير والمستعير بيع ملكه من الآخر وللمير بيع الارض من ثالث ثم يتخير المشتري تخير المير وهل للمستعير بيع البناء من ثالث فيه وجهان (أحدهما) لا لانه في معرض النقص والهدم ولان ملكه عليه غير مستقر لان المير بسبيل من تملكه (وأصحها) نعم لأنه مملوك في الحال ولا اعتبار بمكنة تملك الغير كتمكن الشفيع من تملك الشقص وعلى هذا فينزل المشتري منزلة المستعير وللمير الخيرة على ما ذكرنا وللمشتري فسخ البيع ان كان جاهلاً بالحال * ولو أن المير والمستعير اتفقا على بيع الارض بما فيها بثلث واحد فقد قيل هو كما لو كان لهذا عبد ولهذا عبد فباعها بثلث واحد (والاظهر) الجواز للحاجة ثم كيف يوزع الثمن ههنا وفيما إذا باعها على أحد الوجهين في التتمة أنه على الوجهين المذكورين فيما اذا غرس الراهن في الارض الرهونة أشجاراً والذي أورده في التهذيب أنه يوزع على الارض مشغولة بالغراس والبناء وعلى ما فيها وحده فحصة الارض للمير وحصة ما فيها للمستعير وحكم الدخول والانتفاع والبيع على ما ذكرناه في ابتداء الرجوع الى الاختيار فيما اذا امتنع من الاختيار واعراض القاضى عنهما على وتيرة واحدة (القسم الثاني) للقيدة بمدة فالمستعير البناء والغراس في المدة الا أن يرجع المير وله أن يجدد كل يوم غرساً كذا قلناه في التهذيب وبعد مضي المدة ليس له إحداث البناء والغراس واذا رجع المير عن العارية إما قبل مضي المدة أو بعده فالحكم كما لو رجع في القسم

لكان ربا العباس موضوعا يوم أسلم (والجواب) أن العباس كان له ربا في الجاهلية من قبل اسلامه فيكفي حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد اسلامه استمر على الربا ولو سلم استمراره عليه لأنه قد لا يكون علما بتحريره فاراد النبي صلى الله عليه وسلم انشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ *

﴿ فرع ﴾ جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات على القول الجديد اختلف أصحابنا هل ثبت الربا بعلة الأصل أو بعلة الاشتباه فن متقدمي أصحابنا من قال انما جعل الشافعي فيه الربا بعلة الاشتباه لأنه قال وانما حرمننا غير ما سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم من المأكول المكيل والموزون لانه في معنى ما سمي فجعل في المكيل والموزون الربا بعد الأصل ثم قال بعد هذا وما خرج من المكيل والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على ما لا يكال ولا يؤكل فجعله ملتحقا بالأصل من حيث الشبه وقال آخرون بل بعلة الأصل وانما قال الشافعي ما احتج به الاولون ترجيحاً لليلة (قلت) وهذا الذي قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعي

الاول ويختص هذا القسم بشيئين (أحدهما) أن فيما قبل منى المدة وجها أنه لا يتمكن من الرجوع كما قدمناه عن مالك (والثاني) أن أبا حنيفة والمارني جوزاه القاع مجانا فاذا رجع بعد المدة ذهبا الى أن فائدة ذهاب المدة القاع بعد مضيتها مضبوطة ونقل أبو على الزجاجي قولاً مثله عن رواية الساجي وهو اختيار القاضي الروياني ووجه ظاهر المذهب أنه مخير ما لم يشترط نقضه فلا ينقض مجانا كما في العارية المطلقة وبيان المدة كما يجوز أن يكون المنع من إحداث البناء والعراس بعدها أو طلب الاجرة (وقوله) في الكتاب بل يتخير بين أن يبقى بأجرة وينقض بأرث أو يتملك ببذل المراد من الارش مامر والتفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا ومن الاجرة أجرة المثل ومن البذل القيمة عند من يقول باختيار المستعير على ما اختاره المعير منها وما يتفقان عليه ومن الاجرة والابدال عند من يعتبر رضى المستعير (وقوله) لانه معرض للنقل يمكن حمله على نقض الملك بأن يملكه المعير وعلى نقض البناء بأن يقامه وهو الذي اراد صاحب الكتاب (وقوله) لم يكن له الا التخيير بين الخصال الثلاثة علم - بالحاء والواو والزاي - وسائر ما يحتاج الى ذكره من الفاظ الكتاب قد اندرج في اثناء الكلام •

﴿ فرع ﴾ قال ابو سعيد المتولى أحد الشرعيين اذ انبى أو غرس في الأرض المشتركة باذن صاحبه ثم رجع صاحبه لم يكن له أن ينقض ويغرم ارش النقصان لأنه يتضمن نقض بناء المالك في ملكه ولا أن يتملك بالقيمة في الأرض مثل حقه فلا يمكننا ان نقول الأصل للمعير والبناء تابع له نعم له التقرير بالاجرة فان لم يبدلها الثاني يباع أو يعرض عنهما فيه ما سبق قال الرافعي رحمه الله تعالى في الفصل صورتان اذا أعار أرضا للزراعة فزرعها ثم رجع قبل ادراك الزرع نظر ان كان مما يعتاد

ان شاء الله تعالى ومقصوده بذلك بيان أن المأ كول الموزون لا يقاس على الذهب والفضة بعلقة الوزن بل يقاس على المأ كول المكيل فيكون الوزن ليس بعلقة وذلك ظاهر لمن تأمله من نصه المذكور في باب الآجال في الصرف وقد صرح في باب بيع الطعام بالطعام بأن في معنى ما جاءت به السنة كل مكيل ومشروب بيع عدداً والله أعلم * وهذان القولان حكاهما الماوردي وقال الروياني قال الماسرخسي قال بعض أصحابنا ما رجع الشافعي رضي الله عنه عن علمته في القديم وإنما ألحق المطعومات من المعدودات بها من طريق علمية الشبه والمسألة على قول واحد فأفاد كلام الروياني أن الأوين يقولون بعدم رجوع الشافعي عن علمته في القديم بل ألحق بها شيئاً آخر والله أعلم * وقد يعتضدون في ذلك بما يقول الشافعي في المختصر عقيب مذهب ابن المسيب وهذا صحيح والظاهر أن ذلك من الجريد لأن المزني لم يذكر في هذا الباب أن فيه شيئاً من القديم وقول ابن المسيب يشترط الكيل والوزن وقال ابن داود في شرح المختصر مجيباً عن ذلك أن الشافعي رضي

قطعه كلف قطعه والا فقد ذكرنا للمعير خصالاً عند رجوعه في البناء والغراس واختلف أصحاب ههنا فمن صاحب التقريب وجه أن له أن يقطع ويفرم ارش النقصان تخريجاً مما إذا رجع في العارية المؤقتة للبناء قبل مضي المدة وعن الطبري أنه يملكه بالقيمة وظاهر المذهب أنه ليس كالبناء في هاتين الحالتين لأن للزراع أمداً ينتظر والغراس للتأبيد فعلى المعير إبقاؤه للمستعير إلى أوان الحصاد ثم فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن المزني واختاره القاضي الروياني أنه يبقيه بالأجرة لأنه إنما أباح المنفعة إلى وقت الرجوع فصار كما إذا أعاره دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل ولو عين المعير للزراعة مدة فانقضت المدة والزرع غير مدرك نظر أن كاث ذلك لتقصيره في الزراعة بالآخر قلع مجانا والا فهو كما لو أعاره مطلقاً وإن أعار للفسيل قل الشيخ أبو محمد أن كان ذلك مما يمتد تعلقه فهو كالزراع والافكالبناء *.

(فرع) قال في التهذيب إذا أعار للزراعة مطلقاً لم يزرع إلا زرعاً واحداً وكذا لو أعار للغراس فغرس وقلع لا يغرس بعده إلا بآذن من جديد وهذا بين أن المعنى من قولنا فيما إذا أعار للبناء والغراس مطلقاً يبنى ويغرس ما لم يرجع المعير لأن البناء المأذون فيه جائز له ما لم يرجع والمأذون فيه هو البناء مرة واحدة إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى (الثانية) إذا حمل السيل حبات أو نويات لغيره إلى أرضه فعليه ردها إلى مالئها أن عرفه والا دفعها إلى القاضي فلو نبتت في أرضه فوجهان (أحدهما) أن مالئها لا يجبر على قلعها لأنه لم يوجد منه تعدد وعلى هذا هو كالمستعير فينبظر في النابت أهو شجر أم زرع ويكون الحكم على ما سبق (وأصحهما) الإيجاب لأن المالك لم يأذن فيه كما لو انتشرت

الله عنه ما دام يجد زيادة تقريب واجتماع في المعاني بين الاصل والفرع قال بذلك وحيث
عدم الكيل والوزن قال بعله الطعم العام ان وجده فان لم يجده في مثل الادوية وغيرها قال بالطعم
في الجملة على هذا التدريج (قلت) وهذا كلام فاسد ولا يلزم عليه التعليل بعلم مختلفة لمن تأمله والله
أعلم * ونظيره ما قاله القاضي حسين ان المطعومات المكيلة مقيسة على الاربعة ثم تقيس المطعومات
الموزونة على المطعومات المكيلة والموزونات ثم تقيس المطعومات النادرة على المطعومات العامة التي
ليست بموزونة ولا مكيلة وانما رتبنا هذا الترتيب لان الشيء انما يقاس بالشيء اذا كان بينهما مشابة
كثيرة أو مشابة باخص أوصافه اذ القياس تشبيه وتمثيل فنقيس المكيلات غير المنصوص عليها
لانها تشبهها في جميع الوجوه ثم تقيس عليها الموزونات لانها تشبهها في أن كلا منهما مقدر شرعاً وعلى
هذا القياس (فان قلت) وهذا الكلام الذي نقلتموه عن القاضي حسين وغيره يقتضي جواز القياس
على الأصل الثابت بالقياس منه المعنى الذي يثبت به ويقاس غيره عليه وهل يجوز أن يستنبط
فهل يجوز ذلك وليس ذلك مما نحن فيه (قلت) قال المصنف في اللمع انه لا خلاف أنه يجوز أن يستنبط
منه معنى غير المعنى الذي قيس به على غيره ويقاس عليه غيره مثل قياس الأرز على البر بعله الطعم

أغصان شجرة المعير الى هواء داره له قطعها ولو حمل ما لا قيمة له من نواة واحدة أو حبة فثبتت فهي للمالك الأرض
في وجه لأن التقويم والمالية حصل في أرضه وللمالك الأصل في وجه لانها كانت محرمة الاخذ فعلى هذا في
قلع النبات الوجهان ولو قلع صاحب الشجرة الشجرة فعليه تسوية الأرض لانه قصد تخليص ملكه *
قال (الحكم الرابع فصل الحصومة فاذا قال راكب الدابة لمالكها أعرتنيها وقال المالك
أجرتكها فالقول قول الراكب * ولو قال ذلك زارع الأرض لمالكها فالقول قول المالك لأن عارية
الأرض نادرة وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج * ولو قال بل عصبتنيها فالقول قول المالك
اذا الأصل عدم الاذن * ولو قال الراكب أركبتنيها وقال المالك أعرتكها فالقول قول المالك اذا
الأصل عدم الاجارة فيحلف حتى يستحق القيمة عند التلف وجواز الرجوع عند القيام *
في الترجمة تساهل فان فصل الحصومة ليس حكماً للعارية بخلاف الاحكام السابقة والمقصود
بين مسائل (احداها) اذا قال راكب الدابة لمالكها أعرتني هذه الدابة وقال المالك أجرتكها مدة كذا
بكذا فاما أن يفرض هذا الخلاف والدابة باقية أو هالكة (الحالة الأولى) أن تكون باقية فاما أن
يقع الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة والنص في المختصر أن القول قول الراكب مع يمينه ونص
في باب الزراعة انه اذا زرع أرض الغير ثم اختلفا هكذا أن القول قول المالك مع يمينه وللأصحاب
فيها طريقان (أحدهما) تقرير النصين لان الدواب يغلب فيها الاعارة وفي الاراضي يندر فصدق في كل صورة

ثم يستنبط من الارز أنه لا ينقطع الماء عنه فيقاس عليه النيلوفر فيه وجهان (من أحابنا) من قال يجوز (ومنهم) من قال لا يجوز وهو قول أبي الحسن السرخي وقد بصرت في التبصرة جواز ذلك والذي يصح عندي أنه لا يجوز هذا الذي قاله المصنف وهو الصواب وأطلق الامام أبو علي عبد الله بن الخطيب المنع من غير تفصيل قال لان العلة التي يلحق بها الاصل القريب بالاصل البعيد ان كانت هي التي يلحق بها الفرع بالاصل القريب أمكن رد الفرع إلى الاصل البعيد فيصير القريب لغواً وان كانت غيرها لزم تعليل الاصل القريب بعلمتين (احدهما) عديمة الاثر وهي التي ليست موجودة في الاصل البعيد ويمتنع التعليل سواء جوزنا التعليل بعلمتين مستنبطتين أولاً وهذا الذي قاله صحيح في القسم الثاني ويصح أن يكون مقويًا لما اختاره المصنف من الوجهين فأما القسم الاول فهو مثال ما نحن فيه وقد نقل المصنف أنه لا خلاف فيه وقول أبي عبد الله بن الخطيب ان ذكر القرب يكون لغواً ممنوع بل ذلك لقوة التقارب بينهما الذي هو المقصود في القياس فان ما بين المطعوم الماد الذي لا يكال ولا يوزن وبين المطعوم غالباً لمكيل أو الموزون أبعد مما بينه وبين المطعوم العام الذي لا يكال ولا يوزن فكان الحاقه به أولى نعم ما قاله ابن الخطيب يقرر في حق المناظر الذي يقصد دفع خصمه بأقرب الطرق وما قلناه أقرب إلى طريقة المناظر الذي يقصد تحقيق الاشياء وتقريب المأخذ مما أمكن والله تعالى أعلم • ثم ليس في كلام الشافعي

من الظاهر معه وذكر في الرقم أن هذا أظهر عند القفال (وأصحهما) عند الجمهور وبه قال الربيع والمزني وابن سريج أن الصورتين على القولين ثم منهم من يقول بحصولهما على النقل والتخريج ومنهم من يقول هما منصومان في كل واحد من الصورتين (أصحهما) تصديق المالك وبه قال مالك والمزني كما لو اختلفا في عين مال فقال المالك بعتكها وقل من في يده وهبتها فان المصدق هو المالك وكما لو أكل طعام الغير وقل كنت أبحته لي فأنكر المالك فالقول قوله (والثاني) تصديق الراكب والزارع ويحكي هذا عن أبي حنيفة لأنها اتفقا على أن المنفعة مباحة له والمالك يدعى عليه الأجرة والاصل براءة ذمته عنها وإلى هذا مال الشيخ أبو حامد وفرق الأئمة بين هذه المسألة وبين ما اذا غسل ثوبه غسل أو خاطه خياط ثم قل فعلمته بالأجرة وقال المالك بل مجاناً حيث كان القول قول المالك مع يمينه قولاً واحداً فان الغسال فوت منفعة نفسه ثم ادعى لها عوضاً على الغير وههنا المتصرف فوت منفعة مال الغير واراد اسقاط الضمان عن نفسه فلم يقبل (التفريع) ان صدقنا المالك فعلى ما يحلف خكي الامام عن شيخه في طائفة أنه إنما يحلف على نفي الاعارة التي تدعى عليه ولا يتعرض لاثبات الاجارة مع نفي الاعارة وكان السبب فيه أن ينكر أصل الادلة حتى يتوصل إلى اثبات المال بنفي الاذن ونسبته إلى الغصب واذا اعترف بأصل الاذن فانما يثبت بطريق الاجارة فله كنهه الحالف على اثباته

وابن داود الشارح له ما يقتضى ورود هذا السؤال عليه بل مقتضاه أنه الحق القريب من المنصوص عليه به ثم الحق البعيد بهما لا بالناتج بالقياس وحده فان هذه العلة ليست منصوبة ولكنها مستنبطة والمستنبط لا يدعي العبور على العلة قطعا فالحاق المطعوم المكيل بالمنصوص عليه لاشك أنه أقوى وأشدّ شها فيكون الظن الحاصل بثبوت الحكم فيه أتم والمطعوم غير المكيل قارفيه وصف يمكن أن يكون معتبرا وان كان قد ترجح خلافه فكذلك بعد نعم لو كانت العلة منصوبة لم يكن لهذا الترتيب معنى بل حيث وجدت العلة المنصوبة الحق بالحمل المنصوص فيه والله عز وجل أعلم * ﴿ فائدة ﴾ قال الرويانى قيل حد مايجرى فيه الربا كل مايباح تناوله على الاطلاق على هيئة ما يقصد تناوله تغذيا أو ائتداما أو تفكها أو تدويا وانما اعتبرنا هذه الجهات الأربع لأنها تقصد لنفع البدن * ﴿ فرع ﴾ ما يأكله بنوا آدم والبهائم جميعا قال الماوردى الواجب أن يعتبر أغلب حاله فان كان الأغلب أكل الآدميين ففيه الربا كالشعير وان كان الأغلب أكل البهائم فلا قال الرويانى كالرطبة وان استوت حالتاه فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين (الصحيح) أن فيه الربا ولا ربا فيما تأكله البهائم كالقرط والنوى والحشيش *

(فان قلنا) لا يتعرض الا لنفى الاعارة فاذا حاف استحق أقل الأمرين من اجرة المثل أو المسمى لأنه ان كان أجر المثل أقل لم تقم حجة على الزيادة وان كان المسمى أقل فقد أقر أنه لا يستحق الزيادة (وان قلنا) يتعرض لهما ففيها يستحقه وجهان (أحدهما) المسمى اتماما لتعديقه (وأظهرهما) ويحكي نضا في الام اجرة المثل لانهما لو اتفقا على الاجارة واختلفا في الاجرة كان الواجب اجرة المثل واذا اختلفا في أصل الاجارة كان أولى والامام لم يحك الوجه الثانى هكذا ولكن حكى بدله أنه يستحق أقل الأمرين كما سبق والتعرض للاجارة على هذا ليس لاثبات المال الذى يدعيه وان كان لينتظم كلامه من حيث انه اعترف بأصل الاذن فحصل فيما يستحقه ثلاثة أوجه كما ترى وان نكل المالك عن اليمين المعروضة عليه لم ترد اليمين على الراكب والزارع لانهما لا يدعيان حقا على المالك حتى يثبتا باليمين وانما يدعيان الاعارة وليست هى حقا لازما على المير وعن أبى الحسين رمز إلى انها ترد ليخاص من الغرم ولم صدقنا الراكب والزارع فاذا حلف على نفى الاجارة كفاه وبرى وان نكل رد اليمين على المالك واستحق بيمينه المسمى لان اليمين المردودة كالبينة أو كالاقرار وأيهما كان يثبت به المسمى وفيه توجه ضعيف أنه يستحق اجرة المثل لان الناكل ينفي أصل الاجارة فيقع المدعى على اثباته (القسم الثانى) أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها اجرة بل عقب العقد والقول قول الراكب مع يمينه فاذا حلف على نفى الاجارة سقط دعوى الاجارة وردت

﴿ فرع ﴾ لا ربا في الريحان والذيلوفر والرجس والورد والبنفسج الا أن يذيب شيء منها بالسكر أو العسل ولا في العود والصندل والكافور والمسك والعنبر ولا العصفور والحناء ولا في القرطم عند الصيمري ولا في آس واذخر والخضروات التي تؤكل في الربيع ويثبت الربا في الأترج والليمون والنانج واللبان والعلك والمسطكى وفيه وجه في الحجر قل وهو الاقيس واللوز والمر والحبة الخضراء والبلوط والقثاء وحب الحنظل والهليلج والبليج والشرامليج قاله الصيمري والدخن والجاورش والخردل والشونيز والشهرايح والبطم والزنجبيل المرابي والسقمونيا وجه حكاه الروياني إنها ليست بر بوية والطربوث والجزر والثوم والبصل والدآه والهنسل وفي السقمونيا ونحوه وفي ماء الورد والزعفران والقرطم وحب الكتان والصمغ وبزر الجزر والبصل والنجل والساجم^١ والماء والادهان الطبية والبرد ودهن السمك وصغار السمك قاله ابن يونس والطين الذي يؤكل تفكها وهو الارني وفي كلام الامام بعض ميل إلى أن دهن السمك ربوي لانه جزء من السمك مطعوم فيه واستشكل قول العراقيين أنه ليس بر بوي مع قولهم ان دهن البنفسج ربوي فلم ينظروا إلى العادة في انصرافه عن الطعم قال وهذا غامض عليهم قل والوجه عندنا تخريج هذا الفرع على الخلاف فانه متردد بين الأصل المأكول وبين الانصراف عن الأصل لغرض العادة قال الامام ان منعنا بلع السمكة حية فليس السمك مال ربا وان جوزنا بلعها فقد

اليمن الى المالك فان نكل حاف المالك اليمين مردودة ويستحق الاجرة وانما لم يجيء القولان في هذه الصورة لان الراكب لا يدعى لنفسه حقاً ولم يتلف المنافع على المالك فالمدعى على الحقيقة هو المالك وهناك تلفت المنافع تحت يد الراكب بعد القول باحاطتها فهو الذي جرح الخلاف (الحالة الثانية) أن تكون الدابة هالكة فن تلفت عقب الأخذ قبل أن يثبت لمثلها أجره فالراكب يقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعي الأجرة فتخرج على خلاف ما تقدم في ان اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ (إن قلنا) نعم سقطت القيمة برده والقول قول من رد الأجرة فيه الطريقان المذكوران في الحالة الأولى (وان قلنا) لا فان كانت الأجرة مثل القيمة أو أقل اخذها بيمين وان كانت أكثر أخذ قدر القيمة وفي المصدق في الزيادة الخلاف السابق (وقوله) في الكتاب بالقول قول الراكب معلم - باليمين والراي - (وقوله) والقول قول المالك معلم - بالحاء - ولا يخفى بعدما ذكرنا في لفظ الكتاب في المسألة وان كان مطلقاً فالمراد منه القسم الأول من الحالة الأولى (المسألة الثانية) اذا قال المتصرف أعرتني هذه الدابة والارض وقال المالك بل غصبتنيها فان لم تنض مدة لمثلها أجره فلامعني اهذه المنازعة اذ لم تنض المين ولا المنفعة ويرد المل الى المالك وان كان النزاع بعد مضي مدة لمثلها أجره نقل المزي أن القول قول المستعير والأصحاب فيه ثلاثة طرق (أظهرها) أن الحكم على ما ذكرنا في المسألة الأولى فيفرق بين الدابة وبين الارض على طريق ويجعلان على قوانين في طريق لان المالك ادعى أجره المثل

تردد شيخى فيها قال الامام والوجه القطع بأنه لا ربا فيها لأنها لا تعد لهذا وفرق صاحب التهذيب بين الصغار والكبار فان الصغار هي التي تبطل لذلك قصر ابن عبد السلام في الغاية الخلاف عليها وجزم في الكبار بأنها ليست ربوية وهو مفهوم كلام الامام وجزم صاحب التتمة في السمك الصغير إذا جاوزنا ابتلاعه وفي الجراد الحى بحريان الربا فيهما قال الرويانى وكذلك جرادة مجرادة يعنى فيه وجهان قال ورأيت فى الحاوى ما يدل على الوجهين فى السمك الكبار أيضا لأن حى السمك فى حكم ميتة وفى الزعفران وجهان (أصحهما) كما رأيت فى الحاوى فى القرطم وحب الكتان أنه ربوى وكذلك فى البذور الأربعة وفى ماء الزنجبيل وجهان فى البحر ونقل فى البحر عن الحاوى أن الأصح لا ربا فى القرطم وحب الكتان وفى الزنجبيل قل فى البحر وعندى الأصح فى حب الكتان جريان الربا لأنه يؤكل عادة وليست ^(١) وقال فى البحر الاظهر أن الصمغ ربوى قل الصيمرى لا ربا فى دهن القرطم والقرع والبان والحلب ولاس لأن أصولها لا ربا فيها (قلت) أما القرطم فقد تقدم من الماوردى أن الأصح كونه ربويا (وأما) القرع فانه ما كول فلذى ينبغى القطع بأنه ربوى على الجديد وقد تقدم عده فى الربويات عند الكلام على بيع ما لا يدخر يابسه وقد جزم الصيمرى فى موضع آخر بأنه ليس بربوى صريحا وهو مشكك وفى الطين لذى يؤكل تفكها تردد للشيخ أبى محمد وقال صاحب التقريب دهن البنفسج ربوى وفى دهن الورد وجهان

(١) يابض
بالاصل غرر

ههنا كما يدعى المسمى هناك والاصل براءة لزمة (والثانى) القطع بأن القول قول المالك بخلاف تلك المسألة لانهما متفقان على الاذن هناك وههنا المالك منكر له والاصل عدمه ومن قل بهذا خطأ الزنى فى النقل قال أبو حامد لكنه ضعيف لأن الشافعى رضى الله عنه نص فى الأم على ما نقله الزنى (والثالث) القطع بأن القول قول المتصرف لان الظاهر من حله أنه لا يتصرف إلا على وجه جائز هذا إذا تنازعا والى باقية أما إذا كانت هالكه نظر إن هلكت بعد مضى مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى أجرة المثل والقيمة بجهة الغصب والمتصرف ينكر الأجرة ويقر بالقيمة بجهة العارية فالحكم فى الأجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين (وأما) القيمة فقد قل فى التهذيب (إن قلنا) إن اختلاف الجهة يمنع الأخذ فلا يأخذها إلا باليين (وان قلنا) لا يمنع فإن قلنا العارية تضمن ضمان الغصب أو لم نقل به ولكن كانت قيمته يوم التلف أكثر أخذها باليين وان كانت قيمته يوم التلف أقل أخذ باليين وفى الزيادة يحتاج الى اليين وان هلكت عقيب القبض وقبل مضى مدة يثبت لمثلها أجرة لزمه القيمة ثم قياس ما نقلناه عن التهذيب الآن أن يقال (ان جعلنا) اختلاف الجهة مانعا من الأخذ حاف والا أخذ من غير يمين وتضية ما ذكره الامام أنه لا يخرج على ذكر الخلاف لا هذه الصورة ولا ما اذا كان الاختلاف بعد مضى مدة يثبت لمثلها أجرة قال لان العين متحدة ولا وقع الاختلاف فى الجهة

قال الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال ابن الرفعة لعله لأن دهن البنفسج يترك ضنة بخلاف دهن الورد لا يترك للضنة وقد يقال ان مراده بدهن البنفسج الملعوف الذي يطبق بالسهم ويعصر ودهن الورد الذي ياتي فيه الورد ويمتزج به والحق التسوية وقل ابن أبي الدم في شرح الوسيط بعد أن نقل قول الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال لا يتجه بينهما فرق إلا بالنظر إلى العادة فلعل العادة في بعض الأقطار وعرف الناس فيه أن دهن البنفسج يؤكل أو يستلحونه للأكل ثم يتركون أكله ضنة به فلهذا كان روى عند صاحب التقريب والعادة في دهن الورد مضطربة أو ليس ما كولا عند غالب الناس فلهذا تردد فيه قال ابن أبي الدم وهذا الخلاف قريب من الخلاف المذكور فيما يحرم على المحرم من استعمال الطيب فانا ذكرنا خلافا في دهن البنفسج ودهن الورد ومنهم من رتب الخلاف وفرق بعادة الناس • قال الامام وذكر الامام وجهين في اللبان ودهنه وقطع العراقيون بأن دهن اللبان ليس بروى والظاهر ما قالوه •

(فرع) الوزن عندنا ليس بعلة للربا فيجوز عندنا بيع رطل حديد برطلين وثوب بشوبين ورطل نحاس برطلين وحيوان بحيوانين تقدأ ونسأ ولا يشترط أن يكون بين المسلم فيه وبين رأس السلم تفاوت طي الصحيح من المذهب فيجوز أن يسلم ثوبا في ثوب مثله قاله في التهذيب •

مع اتحاد العين (والظاهر) الاول (وقوله) في الكتاب والقول قول المالك معلم - بالواو - لما ذكرنا من اضطراب الطرق وربما أعلم - بالزاي - لانه قال في الوسيط قال المزني والقول قول الراكب وهذا ليس بقويم لان المزني لم يقل ذلك ولا صار اليه وانما نقله عن الشافعي رضي الله عنه كما تقدم ثم أخذ يعترض عليه واختياره في المسألة تصديق المالك كما اختار في المسألة الاولى ولو قال المالك غصبتها وقال المتصرف بل أجرتني (فالجواب) تقريرا على الاصح أنه ان كانت العين باقية ولم تمض مدة لثلثها أجرة فالمصدق للمالك فان حالف استرد المال وان مضت مدة لثلثها أجرة فالمالك يدعى أجرة المثل والمتصرف يقر بالمسمى فان استويا أو كانت أجرة المثل أقل أخذ بلا يمين وان كانت أجرة المثل أكثر أخذ قدر المسمى بلا يمين والزيادة باليمين قال صاحب التهذيب ولا يجيء ههنا خلاف اختلاف الجهة كما لو ادعى المالك فساد الاجارة والمتصرف صحتها يحالف المالك ويأخذ أجرة المثل وان كان الاختلاف بعد بقاء العين مدة في يد المتصرف وتلفها فالمالك يدعى أجرة المثل والقيمة والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة فالمالك أخذ ما يقر به بلا يمين وأخذ ما ينكره باليمين ولو قال المالك غصبتها وقال صاحب اليد بل أودعتني فيحالف المالك على الاصح ويأخذ القيمة ان تاف المال وأجرة المثل ان مضت مدة لثلثها أجرة (الثالثة) قال راكب الدابة أكر يتيها وقال المالك بل أعرتكها فان اختلفا والدابة باقية

﴿ فرع ﴾ هل يحرم أكل الطين قال الروياني اختلف أصحابنا منهم من قال يحرم الطين قليله وكثيره وهو اختيار مشايخ طبرستان الامام أبي عبد الله الحنطلي وأبي علي الزجاجي والامامين جدي ووالدي رحمهم الله واختاره القفال المروزي ومنهم من قال لا يحرم ولكن يكره وهو اختيار مشايخ خراسان وهذا إذا لم يضر لقلته فان كان كثيراً يضر فهو حرام وبه أفتي وسمعت الشيخ الحافظ البيهقي بنيسابور يقول لم يصح نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في تحريم قليله وهذا هو الصحيح عندي انتهى كلام الروياني في البحر • وذكر الأولون حديثاً لم أستحسن نقله لنكارتة ثم بدا لي أن أقوله وأنبه عليه قال احتجوا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « أكل الطين حرام على أمتي » وروي « إذا أبغض الله عبداً ألهمه أكل الطين ونسف اللحية » (فائدة) أربع مسائل خلافية ترجع إلى أصل واحد بيننا وبين أبي حنيفة بيع كف حنطة بكفي حنطة وسفرجلة بسفرجلتين والجص بالجص متفاضلاً والحديد بالحديد متفاضلاً والمسألان الأولتان ممتنعتان عندنا جائزتان عنده والأخريان بالعكس وذلك أن العلة عنده في النقيدين قيم الوزن وفي الرابع السكيل فيتعدى إلى كل موزون ومكيل وعندنا العلة في النقيدين كونهما قيم الأشياء غالباً فلا يتعدى إلى غيرهما وفي الأربعة (١) فتعدت إلى المطعوم دون السكيل والله أعلم •

(١) كذا
بالاصل محرر

﴿ فرع ﴾ الشعر في سنبله لا يقدر فاذا فرعنا على القديم قل الامام الوجه عندي منع بيع بعضه ببعض فانه من جنس ما يقدر ولا ينظر إلى حاله هذه وليس كالجوز ما دام صحيحاً وهذا تفريراً

فالمصدق المالك في نفي الاجارة لان الراكب يدعي استحقاق المنفعة عليه والاصل عدمه فاذا حلف استردها فان نكل حلف الراكب واستحق الامساك ثم ان كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فالراكب يقر له بالاجرة والمالك ينكرها ولا ينبغي حكمه وان كان الاختلاف بعد هلاك الدابة فان هلكت عقيب القبض فالذهب أن المالك يحلف ويأخذ القيمة لان الراكب أنلف عليه ماله ويدعي أنه أباحه له والاصل عدمه وخرج قول عمامر في المسألة الاولى أن المصدق الراكب لان الاصل براءة ذمته وان هلكت بعد مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعي القيمة وينكر الاجرة والراكب يقر بالاجرة وينكر القيمة (فان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الأخذ حلف وأخذ القيمة ولا عبرة باقرار الراكب (وان قلنا) لا يمنع وهو الاصح فان كانت القيمة والاجرة سواء أو كانت القيمة أقل أخذها بلايين وان كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة باليين •

﴿ فرع ﴾ اذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع لم تلزمه الاجرة ذكره القفال •

﴿ فرع ﴾ اذا مات المستعير وجب على ورثته الرد وان لم يطالب المعير •

على القديم وأما على الجديد فشكل معلوم وإن كان لا يقدر يمتنع بيع بعضه ببعض عدداً وهل يجوز وزناً فيه وجهان (أحدهما) وهو ظاهر المذهب أنه لا يجوز وهذا الوجهان هما اللذان ذكرهما الشيخ في التنبيه (الأصح) كما قال الإمام لا يجوز بيع بعضه ببعض فلو خيف فقيه خلاف مشهور وقد تقدم

﴿ كتاب الغصب وفيه بابان ﴾

﴿ الباب الأول في الضمان ﴾

﴿ وفيه ثلاثة أركان (الأول الموجب) وهو ثلاثة * التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية * وحد المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والاحراق * وحد السبب إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال * وعلى من حفر بئراً في محل عدوان فتدنت فيه بهيمة إنسان * فإن ردها غيره فعلى المردى تقديماً للمباشرة على السبب ﴾

الأصحاب طرق في التعبير عن معنى الغصب (إحداها) أنه أخذ مال الغير على جهة التعدي وربما يقال الاستيلاء على مال الغير (والثانية) وهي أعم من الأولى أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق واختار الإمام هذه العبارة وقال لا حاجة إلى التقييد بالعدوان بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان كما إذا أودع ثوباً عند إنسان ثم جاء وأخذ ثوباً بالموذع على ظن أنه ثوبه أو لبسه المودع وهو يظن أنه ثوبه (والثالثة) وهي أعم من الأولىين حكى أبو العباس الروياني عن بعض الأصحاب إطلاق القول بأن كل مضمون على ممسكه فهو مفصوب حتى المقبوض بالشراء الفاسد والوديعة إذا تعدى فيها المودع والرهن إذا تعدى فيه المرتهن وأشبهه العبارات وأشهرها الأولى وفي الصورة المذكورة الثابت حكم الغصب لا حقيقة وفي الكتاب والسنة ما يدل على تحريم الغصب ويشير إلى جمل من أحكامه قال الله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وعن أبي بكر أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»^(١) وعن سمره

﴿ كتاب الغصب ﴾

(١) ﴿ حديث ﴾ أبي بكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا : متفق عليه بهذا وأتم منه من طريق عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه *

(فوائد) قد تقدم عن الامام النووي رضى الله عنه أن الخلاف في علة الربا على مذاهب ويرجع حاصل القول في النقدين والأشياء الأربعة إلى أن العلة في تحريم ربا الفضل في الأشياء الستة ما هو مقصود من كل صنف والأربعة مجتمعة في مقصود الطعم على القول الجديد عندنا والنقدان مجتمعان في جوهر النقدية وإنما ذكرنا جوهر النقدية لأن التبرليس تقدأ في عينه وكذلك الحلى والاوانى فان الربا جار فيها لنصه صلى الله عليه وسلم على الذهب والفضة وهو يعم المطبوع وغير المطبوع * وعبارة القاضى حسين في ذلك أحسن قال خلصت منها عبارة جامعة لكل وهو أن العلة في النقدين جوهر يطبع منه قيم الأشياء * قال صاحب التتمة وقد قال طائفة من أصحابي إن الذهب والفضة ليسا بمعللين والربا فيهما لعينهما لالعة فيهما وتعليل الشافعي رضى الله عنه بالثمنية إشارة الى هذا لأن الثمنية لا تعدوهما وقد تقدم أن الربا ثلاثة أقسام وزاد صاحب التتمة ربا رابعاً وهو كل قرض جر نفعا (فائدة) تعلق من قال ان العلة الوزن في الموزون والكيل في المكيل بما روى عن أبي سعيد الخدرى وأبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خير فجاهم بتمر خبيث فذكر الحديث إلى أن قال

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ^(١) وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة » ^(٢) والاجماع منعقد على تحريم الغصب وتعلق الضمان به ثم الغصب إما أن يتلف قبل العود الى يد المالك أولاً يتلف وحينئذ فاما أن يعود الى المالك من غير تغيير فيه واما ان يتغير بطاري فخص المصنف كلام الكتاب في بابين (أحدهما) في الضمان عند التلف (والثاني) في الطوارئ وأحكامها (أما الاول) الحاجة فيه الى معرفة ما يوجب الضمان وما يجب ضمانه وما يوجب ضماناً فهذه ثلاثة أركان (الاول) الموجب والغصب وان كان موجباً

(١) حديث (سمة على اليد ما أخذت حتى تؤديه : تقدم في الباب قبله *)

(٢) حديث (أبي هريرة من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة مسلم بلفظ من أخذ وفي رواية من اقتطع وزاد بغير حقه واتفقا عليه من حديث عائشة بلفظ من ظلم وعن سعيد بن زيد بلفظ من اقتطع والبخارى عن ابن عمر وله عندهم ألفاظ وفي الباب عن يعلى ابن مرة في صحيح ابن حبان ومسندي أبي بكر بن أبي شيبة وأبي يعلى والمسور بن مخرمة رواه العقيلي في تاريخ الضعفاء وشداد بن أوس في الطبراني الكبير وحكم أبو زرعة بأنه خطأ وسعد بن أبي وقاص في الترمذي والحكم بن الحرث السلمي في الطبراني أيضاً وأبي شريح الخزاعي فيه وابن مسعود عند أحمد وابن عباس في الطبراني (تنبيه) لم يروه أحمد منهم بلفظ من غصب نعم في الطبراني من حديث وائل بن حجر من غصب رجلاً أرضاً لقي الله وهو عليه غضبان *

وقال في الميزان مثل ذلك وفي رواية وكذلك القمر ان قالوا أراد الموزون (والجواب) أن المراد بذلك استواء الوزن في الأشياء التي بين الربا فيها في أحاديث أخر وورد في رواية وكذلك كل ما يكال أو يوزن بسند ضعيف قد تقدم الكلام اهـ * وروى الدارقطني من حديث عبادة وأنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً وما كيل فمثل ذلك فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » ولكنه ضعيف قال الدارقطني لم يروه عن أبي بكر عن الربيع هكذا وهو ابن صبيح هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ * والربا بكسر الراء مقصور وعن القاضي أنه يفتح ويد * قال ابن الرفعة الربا في الشرع أخذ مال مخصوص بغير مال بازائه ولا تقرب إلى الله سبحانه وتعالى، ولا إلى الخلق قال فأخرجنا بخصوص ما ليس من أموال الربا بلا تقرب إلى الله تعالى الصدقة وإلى الخلق الهدية والهبة (قلت) وهذا يرد عليه القمار بل هذا هو حد القمار فانهم ذكروا الفرق بين القمار وبين البيع أن القمار^(١) وإنما الحد الصحيح للربا في الشرع ما نقله الرويانى في البحر وقد كتبت في غير هذا * والجاورس - بالجيم - والسين - المهملة الحب الذى يعصر مثل الدخن وهو خير من الدخن في جميع أحواله وهو ثلاثة أصناف وهو معرب كاورس حكى ذلك عن مجمع البحرين الفرغالى (فائدة) * اشهر عن مذهبنا التعليل بالعلة القاصرة ومن أمثلتها تعليل تحريم الربا في النقدين بالنقدية وقل إمام الحرمين في البرهان ان كان كلام الشارع

(١) كذا
بالاصل محرر

للضمان فالموجب غير منحصر فيه بل الاتلاف أيضاً موجب بل هو أقوى فانه بمجرد وجب اشغال الذمة بالضمان والغصب بمجرد لا يوجب واما يوجب دخول المغصوب في ضمانه حتى اذا تلف اشغلت الذمة بالضمان والاتلاف قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالسبب فصارت الاسباب ثلاثة التفويت بالمباشرة والتفويت بالتسبب واثبات اليد العادية وهو الغصب (أما التفويت) بالمباشرة والتسبب فاول مبدئه بيانها والفرق بينهما واعلم أن ماله مدخل في هلاك الشئ أما أن يكون بحيث يضاف اليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية أولا يكون كذلك ومالا يكون كذلك فاما ان يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف اليه الهلاك أولا يكون كذلك فالنسي يضاف اليه الهلاك يسمى علة والاتيان به مباشرة ومالا يضاف اليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف اليه يسمى سبباً والاتيان به تسبباً وهو القصد والتوقع قد يكون لتأثير بمجرد فيه وهو علة العلة وقد يكون بانضمام أمور اليه هي غير بعيدة الحصول وقد ينخص اسم السبب بالنوع الاول وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في أول كتاب الجراح وأما ههنا فانه فسر السبب بطلاق ما يقصد به حصول العلة وفسره في الديات بما هو أعم من ذلك فقال السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة سواه ولكن لولاه لما أثرت العلة فلم يعتبر إلا أنه لا بد منه وعلى هذا التفسير فكل شرط سبب

نصاً لا يقبل التأويل فلا يرى لعللة القاصرة وقعاً ولكن يمتنع عن الحكم بفسادها وإنما نفيد إذا كان قول الشارع ظاهراً يتأتى تأويله ويمكن تقدير حمله على الكثير مثلاً دون القليل فإذا سحبت عليه توافق الظاهر عصمته من التخصيص بعللة أخرى لا تنزل مرتبتها عن المستنبطة القاصرة ثم فيه ريب وهو أن الظاهر كان متعرضاً للتأويل ولو أول خرج بعض المسميات ولا زيل الظاهر إلى ماهو نص فيه فالعلة في محل الظاهر كأنها ثابتة في مقتضى النص منه متعدية إلى ما اللفظ ظاهر فيه عاصمة له عن التخصيص والتأويل فكان ذلك إفادة وإن لم يكن تعدياً حقيقياً ولا يتجه غير ذلك في العلة القاصرة ثم قال (فإن قيل) قول رسول الله ﷺ «لا تتبعوا الورق بالورق» الحديث نص أو ظاهر فإن زعمتم أنه نص بطل التعليل بالنقدية وإن كان ظاهراً فالأمة مجتمعة على اجرائه في القليل والكثير فقد صار بقرينة الإجماع نصاً (قلت) أما الحظ الأصولي فقد وفينا به والأصول لا تصح على الفروع فإن تخلفت مسألة فليمتحن بحقيقة الأصول فإن لم يصح فليطرح هذا كلام الامام واعترض عليه الأتباري الشارح وقال إن القاصرة مقيدة مطلقاً سواء كانت مستنبطة من ظاهر أو من نص وقول الامام يلزم

ولما فسر في الأبواب بتفسير مختلفة اختلف اعتبار الحفر مع التردى فسمى الحفر ههنا وفي الديات سبباً وامتنع منه في أرل الجراح واقتصر على تسميته شرطاً وفي الجملة فيكتفي بالتأثير في الأموال مالا يكتفي به للتأثير في القصاص والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات والاصطلاحات ولكن كان الأحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الأحكام عليه ثم انه اندفع في بيان صور من مسمى المباشرة والتسبب والمباشرة لقتل والاكل والاحراق ومن التسبب الاكراه على اتلاف مال الغير فان الاكراه مما يقصد لتحصيل الاتلاف ومنه ما إذا حفر بئراً في محل عدوانا فتدردت فيها بهيمة أو عبد أو حر فان رده غير فالضمان على المردى لان المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه وفي موضع عدان الحفر يستقصى في الجنايات ان شاء الله تعالى (وقوله) في الكتاب والموجب وهو ثلاثة ظاهره يقتضى حصر أسباب الضمان في الثلاثة وقد يقال كيف حصرها في الثلاثة وله أسباب أخر الاستيلاء والاستعارة وغيرها (والجواب) انه يجوز أن يريد الأسباب الذي ضمنها قدماء الاصحاب هذا الباب فاما ما عداها فاهامواضع مفردة (وقوله) التفويت المباشرة أو السبب أو إثبات اليد العادية إدخال أو في السبب حسن لأنه طريق للتفويت كما أن المباشرة طريق لكن ادخالها في إثبات اليد العادية لا يحسن لأنه سبب للضمان برأيه لا لأنه طريق للتفويت (وقوله) وحد المباشرة إيجاد علة التلف أي مباشرة التفويت ولفظ الإيجاد لا يستحبه المتكلم إلا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بعللة التلف ما ذكرنا من أنه يضاف إليه التلف في العرف وإنما قلنا انه إضافة حقيقية لأن الملاك قد يضاف الى السبب فيقال هلك مال فلان بسعاية فلان لكنه مجاز بدليل

منه ان المتقدمة المقتضية للتخصيص لا تقدم على القاصرة إلا إذا كانت مترقية في الرجحان عن رتبها وهذا غير ما يهيو لان تكون معارضة للمتعدي والحق ان القاصرة مقيدة مطلقاً كما أشار إليه الشارح وقد ذكر الأصحاب من الأصوليين والفقهاء من قواعد العلة القاصرة الوقوف على حكمة النص وكون حكمها متعدي إلى غيرها وأنه ربما حدث ما يشاركه في المعنى فيتعدى الحكم إليه فهذه ثلاث فوائد والذي قاله الامام في منعها التخصيص في الظاهر فائدة أخرى جلية لكننا نقول لا تنحصر الفائدة فيها (وقوله) ان الأمة مجمعة على إجرائه في القليل والكثير فصار كالنص (يمكن) أن يقال ان القليل إذا انتهى في القلة إلى حد لا يوزن لا تجمع الأمة عليه بل أبو حنيفة يخالف فيه كما خالفته في بيع ثمرة بتمرتين فيجوز عندهم بيع درة بدرة من الذهب والفضة كذا قال الفرغاني في شرح الهداية من كتبهم فيمكن استعمال العلة وهي جنس الأثمان في ذلك ومنع تخصيص العموم فيه وتحصيل الفائدة التي حاولها الامام والافاخر كلامه المذكور في البرهان يشير إلى الامتناع من الحكم بصحة العلة المذكورة لعدم الجريان على القانون الذي مهده وهو مع ذلك لا يرى أن يضيف الحكم إلى العلة المتعدية وهي الوزن كما يقوله أبو حنيفة رضي الله عنه لأن التعليل بالوزن باطل بوجوه تخصه (منها) أنه طرد لا مناسبة

صحة النفي عنه (وقوله) إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لفظة عنده ههنا ليست للحصر والمقارنة وإنما المراد عقيبه أو ما أشبه ذلك (وقوله) إذا كان السبب إعادة لفظ السبب في حد السبب وتفسيره مما لا يستحسن ولو طرحه لانتظم الكلام •

قال (ولو فتح رأس زق فهبت ريح وسقط وضاع فلا ضمان • لأن الضياع بالريح ولا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فهو كما لو فتح الحرز فسرق غيره • أو دل سارقاً فسرق • أو بنى داراً فألقى فيها الريح ثوباً وضاع أو حبس المالك عن الماشية حتى هلك فلا ضمان في شيء من ذلك وكذا إذا نقل صبيّاً حراً إلى مضيفة فافترسه سبع • ولو نقله إلى مسبعة أو فتح الزق حتى أشرقت الشمس وأذابت مافيه ففي الضمان خلاف لأن ذلك يتوقع فيقصد • وكذلك نقول إذا غصب الامهات وحدثت الزوائد والاولاد في يده مضمونة وكان ذلك تسبباً إلى اثبات اليد • ولو فتح قفص طائر فوقف ثم طار لم يضمن لانه مختار • وان طار في الحال ضمن لان الفتح في حقه تنفير • وكذا البهيمة والعبد المجنون المقيد بمنزلة البهيمة • وان كان العبد عاقلاً فلا يضمن من فتح باب السجن وان كان آبقاً • ولو فتح رأس الزق فتقاطرت قطرات وابتل أسفله وسقط ضمن لان التقاطر حصل بفعله • ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب وضاع فالثاني بالضمن أولى • وقيل لاضمان عليهما •

فيه (ومنها) جواز إسلام الدراهم والدنانير في الموزونات فليس بطلان التعدية هنا بمعارضة القاصرة لها (وأما) في غير هذا الموضع فالاستاذ أبو اسحاق يرجح القاصرة على التعدية لمعارضة النص لها والجمهور يرجحون التعدية وامتنع آخرون من الترجيح من جهة التعدى والقصور قال الأنباري وهو الصحيح وهو اختيار القاضى وإنما ترجح العلل بقوتها في نفسها واضطرب كلام الامام في الرويات فتارة يميل الى التعبد وابطال التعليل وأخذ الربا في كل المطعومات من قوله «لاتتبعوا الطعام بالطعام» وتارة يميل الى القياس وكلامه في ذلك مضطرب وكأنه شوش عليه عدم ظهور فائدة العلة القاصرة في هذا الحل وقد أبدىناه في محل الاختلاف والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قال الرافي رحمه الله وعن الأودنى من أصحابنا انه تابع ابن سيرين في أن العلة الجنسية حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا وقال النووي رحمه الله في الروضة قال الأودنى من أصحابنا لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا ولا يشترط الطعم انتهى ما قالاه وأنا أخشى أن يكون غلطاً فان الذى نقله القاضى حسين عن الأودنى أن العلة هي الجنسية والطعم شرطها وجعل ذلك مقابلاً لما قاله الحلبي وصححه القاضى من أن العلة الطعم والجنس محلها

في الفصل مسألتان (إحداهما) لو فتح رأس زق فضاع مافيه نظر ان كان مطروحاً على الارض فاندفق ما فيه بالفتح ضمن وان كان منتصباً لا يضيع مافيه بالفتح لو بقي كذلك لكنه سقط نظر إن سقط بفعله كما لو فتح رأسه فأخذ مافيه في التقاطر شيئاً فشيئاً حتى أميل أسفله وسقط ضمن لان السقوط بالميلان الناشئ من الابلال الناشئ من التقاطر الناشئ من الفتح وهو مما يقصد تحصيله بالفتح وان سقط بامر عارض من زلزلة أو هبوب ريح أو وقوع طائر فلا ضمان لأن الهلاك لم يحصل بفعله ولا فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض وعن مالك فيما ذكره السعوى انه يجب الضمان لأنه لولا الفتح لما ضاع مافيه بالسقوط ولو جاء انسان وأسقط فالضمان عليه لا على الفاتح ولو أنه لما فتح رأسه أخذ مافيه في الخروج ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً فضمن الخارج بعد التنكيس عليهما كالخارجين أو على الثاني وحده كالخارج مع الخارج فيه وجهان (أصحهما) الثاني هذا إذا كان مافى الزق مائماً أما إذا كان جامداً فشرقت الشمس فاذا بته فضاع أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الهواء فيه وجهان (أحدهما) أن الضياع انما حصل بعارض الشروق فاشبهه هبوب الريح (وأصحهما) الوجوب لأن الشمس تذيب ولا تخرج فيكون الخروج بفعله وكأن الشمس كما يعلم شروقها فيكون الفاتح معرضاً لما فيه للشمس وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح فانه ليس مما ينتظر وعن القاضى الحسين اجراء الوجهين فيما إذا زال أوراق الكروم وجرد عناقيدها للشمس حتى أفسدتها وطردها فيما إذا ذبح شاة انسان فهاكت سخلتها أو حمامته فهلاك فرخها لفقدان ما يصلح لها ولو جاء آخر وقرب ناراً من

والشرط عدم التساوى والمعلول فساد العقد ولما قاله بعض الأصحاب من أن العلة الطعم والشرط عدم التساوى والمعلول الفضل فلمل من نقل عن الأودنى اقتصر من قوله على أن الجنس علة وهو صحيح ثم توهم من وقف على هذا الكلام بمجرد أنه لا يشترط الطعم وأنه موافق لابن سيرين والله تعالى أعلم •

﴿ باب بيع الأصول والثمار ﴾

الأصول ههنا المراد بها الأشجار وكل ما يثمر مرة بعد أخرى وأبعد من قال إن اسم الأصل يشمل البناء والشجر وأبعد منه قول من قال أن المراد به الأرض والشجر معاً والثمار • والمقصود بهذا الباب أمران (أحدهما) بيان حكم الأصول إذا بيعت فيما يكون تابعاً لها وفيما لا يكون وفي حكم ذلك فإن ذلك مما يطول النظر وقد بوب الشافعي رضي الله عنه على ذلك في الأم باب ثمر الحائط يباع أصله فهذه الترجمة حلها المصنف بقوله بيع الأصول (والثاني) الكلام في الثمار إذا بيعت وما يختص بها من الشروط التي لا تشتترط في غيرها من المبيعات فإن شروط المبيع (منها) ما هو عام وهي الخمسة التي ذكرها المصنف في باب ما يجوز بيعه (ومنها) ما يختص بالربوبات وأفرد له باب الربا

الجامد حتي ذاب وضاع فوجهان (أحدهما) أنه لا ضمان على واحد منهما (أما الأول) فلأن مجرد الفتح لا يقتضي الضمان (وأما الثاني) فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا في المظروف (وأظهرهما) وهو اختيار صاحب المذهب وجوب الضمان على الثاني لأن تقرب النار منه تصرف بالتضييع والاتلاف والوجهان جاريان في تقريب الفاتح النار منه وفيما إذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء إنسان وقرب منه النار ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن ولو غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره لم يضمن وإن لم يظهر سبب حادث فوجهان مذكوران في المذهب والتهذيب وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث اسقوطه (الثانية) لو فتح قفصاً عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه لأنه أتلفه على مالكه وإن لم يزد على فتح القفص فطار الطائر فاما أن يطير في الحال أو يقف ثم يطير فاما في الحالة الأولى فطريقان (أظهرهما) أن في وجوب الضمان قواين (أحدهما) أنه لا يلزمه الضمان لأن للحيوان قصداً واختياراً ألا ترى أنه يقصد ما ينفعه ويتوقى المهلك وغاية الوجود من الفاتح التسبب إلى تضييعه فتقدم عليه مباشرة الطائر واختياره (وأظهرهما) لزوم لأن الطائر ينفر ممن يقرب منه فإذا طار عقيب الفتح اشعر ذلك بأنه نفره (والثاني) القطع بالقول الثاني ومنهم من فرق بين أن يخرج الطائر من غير اضطراب وبين أن يضطرب ثم يخرج فيدل ذلك على فزعه وتنفره (وأما) في الحالة الثانية فطريقان أيضاً (أحدهما) أنه على قواين (وأظهرهما) القطع بنفي الضمان لأن الطيران بعد الوقوف اشارة ظاهرة على أنه طار باختياره وإذا اختصرت قات في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها)

وقدمه على هذا الباب لعمومه لامكانه في كل وقت وشدة خطره لقيام الاجماع عليه (ومنها) ما يختص بالثمار فافرده في هذا الباب وبدأت علة الشافعي بأن الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وجعله عقيب باب ثمر الحائط يباع أصله فجعله المصنف مع الأصول في باب واحد ليعاق كل منهما بالآخر وقدم الأصول على الثمار تأسيساً بالشافعي ولأنها متقدمة طبعاً وقد قيل إن المقصود بالباب بيع الثمار لبيان شرطه فالعله قدم بيع الأصول في مختصر التفريع بعده بنقصود الباب وليس كذلك ولم يقع الكلام في بيع الأصول مختصراً بل طال أكثر من الكلام في بيع الثمار بل ذلك لما قدمته من تبويب الشافعي وهما مقصودان واستلزم الكلام في الأصول الكلام في الأرض لأن بيع الأصول قد يكون مستقلاً وقد يكون تبعاً للأرض ولهذا قال المصنف في التنبيه بعد أن قال دخل البناء والغراس قال فإن كان له حمل إلى آخره فنبه بذلك على أن تبعية الثمار للأصول لا يشترط فيها أفراد الأصول بالعقد بل يشمل صورة أفرادها وصورة ما إذا كانت تابعة للأرض فانه جعل الكلام فيما إذا كانت تابعة فيدل على الصورة الأخرى بطريق أولى واستطرد من ذلك في المذهب إلى ما يتبع لفظ الأرض أو نحوها من

أن يضمن مطلقاً وبه قال مالك وأحمد واختاره أبو خلف السلمي والقاضي الروياني وغيره من الأصحاب (وثانيتها) لا يضمن مطلقاً (وأظهرها) أنه يضمن إن طار في الحال ولا يضمن إن وقف ثم طار وروى عن أبي حنيفة مثله وأيضاً مثل القول الثاني وهو أشهر وذكر العراقيون أن الثاني هو قوله في القديم وفي التهذيب عن طريقة القولين في الحالة الثانية أن القديم لا يضمن وفيما جمع من فتاوى القفال وغيره تفريعاً على وجوب الضمان إذا طار في الحال أنه لو وثبت هرة كما لو فتح القفص ودخلت وقتلت الطائر لزمه الضمان كأنهم جعلوا الفتح اغراء للهرة كما أنه تنفير للطائر وانه لو كانت القفص مغلقاً فانطرب بخروج الطائر وسقط وانكسر وجب ضمانه على الفاتح وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة انسان لزمه ضمانه لأن فعل الطائر منسوب اليه وانه لو كان شعير في جراب مسدود الرأس وبجنبه حمار ففتح فاتح رأسه فأكله الحمار في الحال لزمه الضمان وإذا حل رباط بهيمة أو فتح الاصطبل فخرجت فضاعت فالحكم على ما ذكرنا في فتح القفص وحكي الامام أن شيخه أبا محمد كان يثبت الفرق بين الحيوان النافر بطبعه والانسي ويجعل خروج الانسي على الاتصال بخروج النافر على الانفصال قال وهذا منقاس ولكني لم أره الا له وإذا خرجت البهيمة في الحال وأتلفت زرع انسان فعن القفال انه ان كان نهراً لم يضمن وان كان ليلاً ضمن كما في دابة نفسه وقال العراقيون لا يضمن اذ ليس له حفظ بهيمة الغير من الزرع عليه ولو حل قيد العبد المجنون أو فتح باب السجن فذهب فهو كما لو حل رباط البهيمة وان كان عاقلاً نظر ان لم يكن أبقاً فلا ضمان لان له اختياراً صحيحاً وذهابه

غير الثمار وان لم يكن ذلك في ترجمة الشافعي التي هي مقتصرة على الثمار كالزروع والحوابي والمعادن وغيرها وقد تعرض الشافعي في مسائل الباب اليها وقدم المصنف الكلام في بيع الارض لانه مستلزم لبيع الأصول المستلزم لبيع الثمار وهو في كلام الشافعي مذكور في أثناء الباب ولا يستذكر كون الداخل في عقد البيع يسمى مبيعاً لانه انما انقل بحكم البيع والله أعلم * وقد رأيت الترجمة الأولى وهي أن بيع الأصول لغير المصنف وهو أبو بكر أحمد بن بشري المصري في كتابه المسمى بالمختصر المنبه من علم الشافعي * قال المصنف رحمه الله *

﴿ إذا باع أرضاً وفيها بناء أو غراس نظرت فإن قال بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لانه من حقوقها وان لم يقل بحقوقها فقد قال في البيع يدخل وقال في الرهن لا يدخل واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق (فمنهم) من قال لا يدخل في الجميع لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها (ومنهم) من نقل جوابه في الرهن الى البيع وجوابه في البيع الى الرهن وجعلهما على قولين (أحدهما) لا يدخل في الجميع لأن الأرض اسم للعرضة

محال عليه وان كان آبقاً ففيه خلاف للأصحاب منهم من جعل حل قيده كحل رباط البهيمة لانه أطلقه وقد اعتمد المالك ضبطه فأتلفه عليه فعلى هذا يجيء فيه التفصيل السابق وهذا ما أورده في التهذيب (والأظهر) أنه لا ضمان بحال كما في غير الآبق وهو المذكور في الكتاب ولو وقع طائر على جداره فنفره لم يضمن لانه كان ممتنعاً من قبل ولو رماه في الهواء فقتله ضمن سواء كان في هواء داره أو في غيره اذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه هذا شرح المسألتين وكانت صورة المسألة الأولى مبددة في الكتاب فنظمناها وقد أدرج في خلاصتها صوراً للاستشهاد لانهملها وان كانت تأتي في الشرح في مواضعها (منها) لو فتح باب الخزان فسرقة غيره أو دل سارقاً فسرقة أو أمر غاصباً حتى غصب أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً فضاع لا ضمان عليه لانه لم يوجد منه اثبات يد على المال ولا مباشرة اتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به اما في الصورة الأخيرة فلا تسبب أصلاً لانه لا يقصد ببناء الدار ذلك وأما فيما سواها فلانه طراً عليه مباشرة المحتاز فانقطعت الاضافة الى السبب (ومنها) لو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت لا ضمان عليه لانه لم يتصرف في المال وإنما تصرف في المالك وكان هذا التصوير فيما اذا لم يقصد منعه عن الماشية وإنما قصد حبسه فافضى الامر الى هلاكها لان أبا سعيد المتولي أجرى الوجهين المذكورين فيما اذا فتح الزق عن جامد فذاب مافيه بشروق الشمس وضاع وفيما اذا كان زرع ونخيل وأراد سوق الماء اليهما فمنعه ظلم من السقى حتى فسدت هل يلزمه الضمان (ومنها) لو نقل صبياً حرّاً الى مضيفة فاتفق سبع فافترسه لا ضمان عليه احالة للهلاك على

دون ما فيها من العراس والبناء (والثاني) يدخل لأنه متصل بها فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض (ومهم) من قال في البيع يدخل وفي الرهن لا يدخل لان البيع عقد قوى يزيل الملك فدخل فيه العراس والبناء والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فلم يدخل فيه العراس والبناء * ﴿

﴿الشرح﴾ الأرض مؤنثة وهى اسم جنس لم يأت واحده بالهاء والعراس يستعمل في الشجر يقال غرس الشجر أغرسه ويقال للنخلة أول ما تنبت غريسة قاله الجوهري وغيره (أما) الأحكام فقد قال الأصحاب إذا قال بعتك هذه الأرض أو العرصة أو الساحة أو البقعة وكان فيها بناء أو عراس دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك في البيع بلا خلاف وإن قال بما فيها من البناء والعراس دخل البناء والعراس بلا خلاف وكذلك إذا قال بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو حوتها أقطارها وإن قال بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور وصرح الشيخ أبو حامد بنى الخلاف فيه وكذلك يقتضيه إيراد أكثر الأصحاب لكن الإمام حكى أن من أئمتنا من قال لا يدخل محتجاً بما قاله القاضي حسين قبله على سبيل الاشكال أن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجارى الماء وما أشبههما ورأى الإمام أن هذا أقيس وهو كما رأى إلا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو

اختيار الحيوان ومباشرته وأنه لا يقصد بالنقل ذلك أما إذا كان نقله إلى مسبعة فافتقره سبع فقد حكى صاحب الكتاب وجهين الحاقاً بالوجهين في مسألة شروق الشمس (والمشهور) من مذهبنا أنه لا ضمان وإنما يوجب أبو حنيفة (وأما) قوله وكذلك تقول إذا غضب الأمهات وحدثت الزوائد بالأولاد في يده مضمونة فهذا وإن كان مذكوراً على سبيل الاستشهاد لكنه يشتمل على مسألة مقصودة في الباب وهى أن زوائد المغصوب منفصلة كانت كالولد والثرمة والبيض أو متصلة كالسمن وتعلم الصنعة مضمونة على الغاصب كالأصل سواء طالبه المالك بالردة أو لم يطالبه وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة هى أمانة لا يضمنها إلا بما يضمن سائر الأمانات ويروى مثله عن مالك * لنا أن غضب الأم يتضمن منع حصول الولد من يد المالك فليكن كإزالة يده عنه كما أن من غر بحرية أمة فأحبها كان الولد حرّاً وضمن قيمته لأنه باعتقاد حرية الأم يقع دخول الولد فى ملكه فجعل كاتلاف ملكه وأيضاً فإن اليد العادية مضمونة كالاتلاف ثم الاتلاف قد يكون على سبيل المباشرة وقد يكون على سبيل التسبب وكذلك اليد وأثبت اليد على الأصول تسبب إلى إثبات اليد على الأولاد فليتعلق به الضمان وهذا معنى قوله فى الكتاب وكانت ذلك تسبباً إلى إثبات اليد واستشهد بالمسألة بقوله إن ذلك يتوقع فيقصد ولتطرد هذه القاعدة ذهب بعضهم إلى أنه إذا غضب هادى القطيع فتبعه القطيع أو البقرة فتبعها العجل يضمن القطيع والعجل *

بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد وقد رأيت ابن حزم الظاهري ادعى الاجماع في كتابه المحلى على أن من اشترى أرضاً فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت وهذه دعوى منكرة وهي باطلاً تشتمل ما إذا قال بحقوقها ولما إذا لم يقل بل هي ظاهرة في الثاني والخلاف مشهور في المذهب كما سيأتي ولم يبلغني في هذه المسألة شيء عن العلماء المتقدمين بل مذهب أبي حنيفة ومالك استتباع الأرض للفراس والبناء كما نص عليه الشافعي والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلمهم تبعوهم في ذلك فإن لم يكن في المسألة اجماع كما ادعاه ابن حزم فلا شك أن للنظر فيها مجالاً ولا فيلغوا ما أثبتته الأصحاب من التخريج ولا تصير المسألة بذلك من مسائل الخلاف وإن كان القياس يقتضيه كما نقوله فيما بعد وقاله الإمام هنا وإن لم يقل بحقوقها فقد اختلف الأصحاب على طرق (أحداها) أن البناء والفراس لا يدخلان في البيع ولا في الرهن لأن اسم الأرض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفاً ولا دليل على تبعيتها لها من عرف ولا غيره فلا وجه للدخول وهذا هو القياس وهي طريقة أبي العباس

قال ﴿أما إثبات اليد فهو مضمن • وإذا كان عدواناً فهو غصب • والمودع إذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب • وإثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب (و) • وفي الفراش الجلوس عليه فهو غاية الاستيلاء • وفي العقار (ح) يثبت الغصب بالدخول وأزعاج المالك • وإن أزعج ولم يدخل لم يضمن • وإن دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن • وإن قصد صار غاصباً للنصف والنصف في يد المالك • والضعيف إذا دخل دار القوى وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن • لأن المقصود غير ممكن • وإن لم يكن القوى فيها ضمن لانه في الحال مستول وأثر القوة في القدرة على الاتزاع • فهو كما لو غصب قلنسوة ملك ضمن في الحال •﴾

السبب الثالث إثبات اليد العادية وينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء ويأخذه من مالكه وإلى التسبب وهو في الأولاد ويتأيد بالزوائد كما مر أن إثبات اليد على الأصول ينسب إلى اتباعها على الفروع (وقوله) في الكتاب إثبات اليد فهو مضمن يعني إثبات اليد العادية كما ذكر في أول الركن لا مطلق إثبات اليد (وقوله) فإذا كان عدواناً فهو غصب يعني إذا كان عدواناً بمباشرة ويمكن أن يحمل قوله أن إثبات اليد مضمون على أنه جهة للضامن في الجملة فإذا انضمت إليه العدوانية فهو غصب أما المباشرة أو التسبب وهذا أحسن واللفظ إليه أقرب لكننا صرح بالأول في الوسيط والظاهر أنه أراد ههنا ما صرح به هناك (وقوله) وإذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب هذه الصورة وحكمها مذكورة في الوديعة والداعي إلى ذكرها في هذا الموضع أن أبا حنيفة يقول غاصب الأصل وإن أثبت اليد على الولد لكنه لم تزل يد المالك فيه والغصب عبارة عن إزالة يد المالك فمنع الأصحاب اعتبار قيداً لازماً

ابن سريج لـكنها خلاف ظاهر نص الشافعي فانه قال في الأم والمختصر وكل أرض بيعت فلمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل فاحتاج من ذهب إلى هذه الطريقة أن يحمل قول الشافعي في البيع على ما إذا قال بمحقوقها (وقوله) في الرهن على ما إذا أطلق لـكن يتوجه على هؤلاء من الأشكال ما أورده القاضي حسين وغيره أن ذلك إذا لم يدخل عند الإطلاق ينبغي أن لا يدخل ولو قال بمحقوقها لأن اسم الحقوق لا يشملها وإنما يشمل للمر ومسيل الماء ومطرح القمامات وما أشبهها وهو اشكال قوى وحينئذ تكون هذه الطريقة مخالفة لنص الشافعي ولما نقلناه عن مذهبي أبي حنيفة ومالك وما اقتضاه إطلاق من نقل الإجماع ان ثبتت عن المتقدمين وقد جعل الامام والغزالي في الوسيط هذه الطريقة هي الأصح وشذا في ذلك وان كان القياس يقتضيه وعمري إن لم يثبت إجماع أو نص فالحق ما قالاه وقد جهدت

في الغصب واحتجوا عليه أن المودع من وقت الجحود غاصب وبأنه لو طولب بولد المغصوب فامتنع كان غاصباً وان لم تزل يد المالك ولم ينزع أن يقول لا غصب في الصورتين لـكنه يضمن ضمان المغصوب لتقصيره في الأمانة في الجحود والامتناع ثم تكلم فيما ثبتت به اليد العادية في العقار والمنقول (أما المنقول) فالأصل فيه النقل لـكن لو ركب دابة الغير أو جلس على فراشه ولم ينقله فقد حكمي الامام فيه وجهين (أحدهما) أنه لا بد من النقل كما أنه لا بد منه في قبض المبيع وسائر العقود (وأصحها) وهو المذكور في الكتاب أنه يكون غاصباً لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء ولم نصره أن يجيب عن احتجاج الأول بأن القبض في البيع له حكمان دخوله في ضمانه وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل (والثاني) تمسكه من التصرف فالركوب إما أن يكون باذن البائع أو دون إذنه فان إذن البائع فالتمكن حاصل وان لم يأذن فلا يتمكن لـكن الحكم في النقل بغير إذنه مثله فاذا افرق ويشبه أن تكون المسألة مصدرة فيما اذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء أما اذا لم يقصده ففي التهمة في كونه غاصباً وجهين قال وهذا اذا كان المالك غائباً أما اذا كان حاضراً فان زحجه وجلس على الفراش ضمن وكذا ان لم يزحجه وكان بحيث يمنعه من دفعه والتصرف فيه وقياس ما سيأتي في نظيره في العقار أن لا يكون غاصباً الا لنصفه وأما العقار فاما أن يكون ماله فيه أو لا يكون ان كان فيه فأزعج ظالم ودخل الدار باهله على هيئة من يقصد السكنى فهو غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لم يقصد فان وجود نفس الاستيلاء يغني عن قصده ولو سكن بيتاً من الدار ومنع المالك عنه دون باقي الدار فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار فان أزعج المالك لـكنه لم يدخل الدار فقد أطلق ههنا وفي الوسيط أنه لا يضمن واعتبر دخول الدار في محضها لـكن قدم في البيع أنه لا يعتبر في قبض العقار دخوله والتصرف فيه وإنما المعتبر التمكن من التصرف بالتخلية وتسليم المفتاح

في تطلب نفس هذه المسألة فلم أجده إلا نصه صلى الله عليه وسلم على أن من باع نخلاً مشمرة فشمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع والأصحاب يفرقون بأن البناء والغراس يراد للتأييد بخلاف الثمرة وقد يحتجون به لأنه اقتضى بمفهومه دخول الثمرة غير المؤبرة في البيع ولا يشملها اسم النخلة ولا تكن لاتصالها بها والبناء والغراس كذلك والطريقة الثانية نقل جوابه من البيع إلى الرهن ومن الرهن إلى البيع وتخرج المسألين على قولين (أحدهما) يدخل البناء والشجرة عند الإطلاق في البيع والرهن لأن البناء والشجرة بمنزلة أجزاء الأرض وأجزاء الأرض تدخل عند الإطلاق فكذلك هذه والقول الثاني أن الأرض مبيعة ومرهونة دون ما فيها لعدم تناول الاسم وهاتان الطريقتان مشتركتان في التسوية بين البيع والرهن وعدم الفرق بينهما على خلاف ما يقتضيه نص الشافعي وإيراد الحنابلة في كتبهم يوافق

اليه وإذا كان حصول التمكين بتمكين البائع قبضاً وجب أن يكون حصوله بالتسليط في أخذ المفتاح بالقهر غصباً وإن لم يوجد الدخول وهذا ما يدل عليه كلام عامة الأصحاب فإنهم لم يعتبروا الاستيلاء ومنع المالك عنه ولم يذكر الإمام المسألة كما ذكرها صاحب الكتاب ولكن قال لا يحصل العصب بنفس الإزعاج فإنه بمثابة منع المالك عن ماشيته وحمل هذا على ما ذكره إلا كثرون هين ولو لم يزعج المالك ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصباً لنصف الدار لاجتماع يدها واستيلائهما عليه نعم لو كان الداخل ضعيفاً والمالك قوى لا بعد مثله مستولياً لم يكن غاصباً لشيء من الدار ولا عبرة بقصد مالا يتمكن من تحقيقه أما إذا لم يكن مالك العقار فيه ودخل على قصد الاستيلاء فهذا غاصب وإن كان الداخل ضعيفاً وصاحب الدار قوياً لأن الاستيلاء حاصل في الحال وأثر قوة المالك سهولة إزالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك يكون غاصباً وإن سهل على المالك انتزاعها وتأديبه وفيه وجه أنه لا يكون غاصباً لأن مثله في العرف يعد هزاً لا استيلاء وإن دخله لأعلى قصد الاستيلاء لينظر هل يصاح له أو ليتخذ مثله لم يكن غاصباً قال في التتمة لكن لو انهدمت في تلك الحالة هل يضمنها فيه وجهان (وأصحهما) لا بخلاف المنقول وفرق بينهما بأثر اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة وعلى العقار حكمية فلا بد من تحقيقها من قرينة قصد الاستيلاء وهذا الفرق كأنه راجع إلى الأصح والأفوجهان جاريان في المنقول على ما سبق (وقوله) في الكتاب إلا في الدابة وفي الفراش ليس القصد من الاستيلاء الدابة والفراش ولا شيء في المنقولات فيكفي على وجه (وقوله) وفي العقار يثبت العصب معلم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة لا يثبت فيه العصب لنا أن العقار يثبت عليه اليد فيدخله العصب كالمقول (وقوله) بالدخول وإزعاج المالك اعتبار الدخول والإزعاج جميعاً وفي اعتبار الدخول ما ذكرنا فيجوز أن يعلم (وقوله) بالدخول بالواو وكذا (وقوله)

هذه الطريقة الثانية فانهم ذكروا وجهين والقول المنصوص مع المخرج وقد يسميان وجهين وهذه الطريقة الثانية منقولة عن أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل وادعي الشاشي في الحلبة أنها أصح الطرق وإن أصح القولين منها أنها تدخل في البيع والرهن جميعاً وكذلك يقتضيه كلام الجرجاني في التحرير قال إن أصح القولين دخوله في البيع والرهن والهبة والطريقة الثالثة أن المسألتين على ظاهرهما إذا أطلق بيع الأرض تبعها ما فيها من البناء والشجر وإذا أطلق رهنها لم يتبعها والفرق من وجهين (أحدهما) إن عقد البيع أقوى لأنه ينقل الملك فجاز أن يستتبع والرهن عقد ارفاق واستيثاق (والثاني) أن المنافع الحادثة لما كانت للمشتري كذلك الموجود في الحال وليس كذلك الرهن لأن المنافع الحادثة لا تدخل وكذلك الثمرة الحادثة تكون للمشتري ولا تكون للمرتهن وهذه الطريقة

لم يضمن (وأما) الإزعاج فهو غير معتبر في غصب العقار أيضاً ألا ترى أنه لو كان المالك غائباً يوجد الغصب ولا إزعاج ولو استولى مع المالك صار غاصباً للنصف ولا إزعاج بل الاعتبار باليد والاستيلاء حتى لو اقتطع قطعة من أرض ملاصقة لأرضه وبني عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه يضمنها إلا أن الاستيلاء في الغالب يحصل بالدخول والإزعاج فذلك ذكرهما •

قال ﴿ وكل يد تبنتي على يد الغاصب فهي يد ضمان إن كان مع العلم • وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان • ولكن في اقرار الضمان تفصيل • وكل يد ولو ابتني على يد المالك اقتضى أصل الضمان كيد العارية والسوم والشراء • فإن ابتني على يد الغاصب مع الجهل اقتضى قرار الضمان عند التلف • ومالا كيد الوديعة والاجارة والرهن والوكالة لا تقتضي قرار الضمان • ﴾

قد مر أكثر صور الفصل في باب الرهن من الكتاب مع الخلاف واقتصر ههنا على ذكر ظاهر المذهب وهو أن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضامن حتى يتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف وبين أن يطالب من ترتبت يده على يده سواء علم الغصب أو لم يعلم لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه والجهل غير مسقط للضمان ثم الثاني إن علم بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب يطالب بكل ما يطالب به الغاصب وإن تلف الغصوب في يده فاستقرار ضمانه حتى لو غرم لم يرجع على الأول ولو غرم الأول رجع إليه إذا لم تختلف قيمته في أيديهما أو كانت في يد الثاني أكثر أما إذا كانت في يد الأول أكثر فلا يطالب بالزيادة إلا الأولى ويستقر عليه وإن جهل الثاني الغصب فإن كان اليد في وضعها يد ضمان كالعارية فيستقر الضمان على الثاني وإن كانت يد أمانة كالوديعة فيستقر على الغاصب وإذا تأملت الشرح هناك أعلمت قوله وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان بالواو للوجه الذاهب إلى أن أيدي الأمانات لا تقتضي الضمان عند الجهل وكذا (قوله)

منقولة عن أبي اسحق المروزي ونقلها الماوردي والرافعي عن جمهور الاصحاب وقال القاضي أبو الطيب والرويانى انها الصحيحة وقد تعزى لابن أبي هريرة أيضاً واعترض الامام وغيره على الفرق بالقوة والضعف بأن المبيع الاسم يعني فلا معنى للقوة والضعف ومن ضعف هذا الفرق تلميذ المصنف قال لان البيع انما تظهر قوته فيما يتناوله ورد عليه اما لا يتناوله فلا يؤثر فيه ولهذا إذ شرط أن لا يدخل الغراس في البيع لم يدخل واذا قال في الرهن بمحقوقها دخل وما ذكره من أن المبيع في ذلك الاسم ظاهر وكذلك الفرق الثاني لاغ فان المنافع الحادثة تتبعها لكونها حادثة في ملك المشتري ولا كذلك الحاصلة عند البيع ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشتري قولاً واحداً والثمره الحاصلة المؤبرة عند البيع لا تدخل قولاً واحداً واعترض أبو العباس الغزاري على الفرق الاول بان البيع لما قوى

لا يقتضى قرار الضمان للوجه الذاهب فيها الى القرار ^(١) واعلم أن الطريق المنسوب الى العراقيين لم يورده الامام ههنا كما سبق في الرهن ولكن نقل عنهم فرقا بين أيدي الامانات على نحو ما تقدم عنهم من التصديق عند دعوى الرد والاعتماد على ما سبق هناك (وأما) ما يتعلق باللفظ فقوله وكل يد أثبتت على هكذا يوجد في الاكثر ويقرأ لكن الابتناء متعدد كالبناء فالوجه أن يقال اثبتت وقد تستعمل اللازمة الابتناء فيمكن أن تراعى الصورة ويقرأ اثبتت وقوله تقرير ضمان يعني بصفة الاستقرار (وأما) عند الجهل فهو يد ضمان وفي صفة الاستقرار التفصيل (وقوله) اقتضت أصل الضمان ينبغي أن يكون الضمان ههنا مفسراً باستقرار اليد عليه اذا حصل التلف في يده ثم البدل القيمة تارة واثن أخرى وهذا لأن الشراء معدود من أيدي الضمان فليكن التفسير ما يشمل الشراء والكلام في تفصيل ما يضمن المشتري من الغاصب وسائر ما يناسبه يأتي في الفصل الثالث من الباب الثاني ان شاء الله تعالى والقرض معدود من أيدي الضمان ولو وهب المغصوب من انسان فتلف في يده فالقرار على الغاصب في أحد القولين لأن يد الاتهاب ليست يد ضمان وعلى المتهب في أصحها لأنه أخذه لتمليك ولو زوج الجارية المغصوبة فتلفت عند الزوج ففي مطالبة الزوج بالقيمة طريقان قيل هو كالمودع ومنهم من قطع بأنه لا يطالب لأن كون الزوجة في حباله الزوج ليس ككون المال في يد صاحب اليد قال في التهذيب وهو المذهب *

قال **﴿** ومهما أتلّف الآخذ من الغاصب فالقرار عليه أبداً * إلا اذا كان مغروراً * كما لو قدم اليه ضيافة ففيه قولان لمعارضه الغرور والمباشرة * وكذا الخلاف فيما لو غر الغاصب المالك وقدمه اليه فأكله المالك * وههنا أولى بان يبرأ الغاصب * وكذلك يطرد الخلاف في الايداع والرهن والاجارة من المالك إذا تلف في يده * ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء ويرى

(١) بياض
بالاصل فخر

وأزال الملك وجب أن لا يؤثر الا فيما دل عليه اللفظ قليلا لضرر البائع بتفويت الملك عليه بخلاف الرهن فانه أقل ضررا لبقاء الملك فيكون مقتضى الفرق عكس المدعى وأبدى ابن الرفعة فرقا واعتبط به بحيث أنه ذكره في كتابه في غير هذا الموضع حذراً من احترام النية قبل الوصول في الشرح اليه ثم لما وصل اليه هنا ذكره وهو أن لفظ الأرض يشمل الاس والمغرس فلو بقي البناء والشجر للبائع لخلا الاس والمغرس عن المنفعة وتكون منفعتهما مستثناة لا إلى غاية معلومة فانه لا يمكن قلع البناء والشجر لانه محترم يراد للبقاء ولا تبقيته باجرة لانه حين أحده أحدته في ملكه فاذا كان الاس والمغرس بهذه المثابة لا يصح بيعه مفرداً باتفاق فوجب إذا ضم الى مبيع خلا عن ذلك أن يطل في الجميع للجهالة بالثمن فلما أفضي محذور الاخراج إلى هذا حكم بالاندراج حرصاً على تصحيح العقد كما أدرج

الغاصب • وكذا لو وهبه منه فان التسليط تام • ولو قال هو عبدى فاعتقه فقد قيل لا ينفذ عنقه لأنه مغرور • وقيل ينفذ ويرجع بالغرم • وقيل لا يرجع بالغرم •

عرفت حكم قرار الضمان عند تلف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب أما اذا أتلفه فينظر ان استقل به فقرار الضمان عليه لأن الاتلاف أقوى من اثبات اليد العادية فان حمله الغاصب عليه كما اذا غصب طعاماً فقدمه الى انسان ضيافة حتى أكله فالقرار عليه أيضاً ان كان عالماً وان كان جاهلاً فقولان (أحدهما) أن القرار على الغاصب لأنه غره حيث قدم الطعام اليه وأوهم أنه لا تبعة فيه ويروى هذا عن القديم وبعض كتب الجديد (واصحهما) وهو المشهور من الجديد وبه قال أبو حنيفة والمزني ان القرار على الآكل لأنه المتألف واليه عادت منفعته فعلى هذا اذا غرم لم يرجع على الغاصب والغاصب اذا غرم يرجع على الآكل وعلى الاول الحكم بالعكس وهذا اذا قدم الطعام ولم يذكر شيئاً أما اذا قدمه وقال هو ملكى ففي رجوع الآكل على الغاصب القولان ولو غرم الغاصب قال المزني يرجع على الآكل وغايله الاصحاب لان في ضمن قوله انه ملكى اعتراف بانه مظلوم بما غرم والمظلوم لا يرجع على غير الظالم ولو وهب المغصوب من غيره وأتلفه ففيه القولان وأولى بأن يستقر الضمان على المتهم لحصول الملك له ولو قدم الطعام المغصوب الى عبد انسان فأكله فان جعلنا القرار على الحر اذا قدمه اليه فأكله فهذه جناية من العبد يباع فيها والا فلا يباع وانما يطالبه الغاصب كما لو قدم شعيراً مغصوباً الى بهيمة غيره من غير اذن مالكها ولو غصب شاة وأمر قصاباً فذبحها جاهلاً بالحال فقرار ضمان النقصان على الغاصب ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام لأنه ذبح للغاصب وهناك انتفع به لنفسه ولو أمر الغاصب انساناً فأتلف المغصوب بالقتل والاحراق ونحوها ففعله جاهلاً بالغصب فمنهم من جعله على القولين في أكل الطعام والاصح القطع بأن القرار

الحمل في البيع وان لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلب للتصحيح وحذراً من الابطال بل للحمل غاية تنتظر ومع ذلك أدرج ولا غاية ههنا تنتظر وهذا المعنى مفقود في الرهن لان المرتهن لا يستحق شيئاً من منافعه حتى يكون استيفاء البناء والغراس مخرجاً للعقد عن وضعه ثم اعترض على نفسه بأنه لا يجعل هذا المحذور مانعاً من دخول المغرس والاس ويحمل البيع على ماسواها طلباً للتصحيح وأجاب بأن اللفظ يتناول المجموع وهذا يضعف عنه فلم يمكن ابطاله به وقد بقي عليه في هذا الكلام أمرين (أحدهما) ذكره وهو أن القائل بعدم دخول البناء والشجر يحتمل أن يقول بعدم دخول المغرس والاس وقد ذكر صاحب التتمة فيما اذا باع الارض خلا البناء والشجر أن المغرس والاس هل يبقى على ملكه فيه وجهان كالوجهين في بيع البناء والغراس وذكرهما القاضي حسين ورتبتهما على بيع

على المتلف لأنه محذور بخلاف الاكل ولا وقع للتغريم مع الحظر ثم في الفصل صور (أحدها) لو قدم الطعام المغصوب الى مالكه فأكله جاهلاً بالحال فأتى قلنا في التقديم الى الاجنبي ان القرار على الغاصب لم يبرأ الغاصب ههنا وان جعلنا القرار على الآكل براءة الغاصب ههنا وبه قال أبو حنيفة وربما نصر العراقيون الاول لكن قد سبق في المسألة المبني عليها أن الاصح ثبوت الاستقرار على الآكل وحكى الامام عن الاصحاب انهم رأوا البراءة ههنا اولى من الاستقرار وههنا تصرف المالك في ضمن اتلافه يتضمن قطع علة الضمان عن الغاصب وتابعه صاحب الكتاب على ذلك وبنينا على هذه الاولوية تردد الشيخ أبي محمد فيما اذا أودع أو رهن أو أجر المالك وهو جاهل بالحال فتلف المغصوب عنده لان يد المالك اذا ثبتت قطعت أثر الضمان وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرؤ في هذه الصور كما أن الضمان لا يتقرر على الأجنبي وعلى عكسه لو باع أو أقرض أو أعار من المالك فتلف عنده يبرأ الغاصب ولو دخل المالك دار الغاصب فأكل طعاماً على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامه المغصوب يبرأ الغاصب لأنه أنلف مال نفسه في جهة منفعته من غير تقرير من الغاصب ولوصال العبد المغصوب على مالكه فقتله المالك لم يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم أنه عبده أو لم يعلم لأن الاتلاف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ولهذا لو كان العبد لغيره لا يضمنه وفيه وجه أنه يبرأ عند العلم لاتلافه مال نفسه في مصلحته (الثانية) لو زوج الجارية المغصوبة من مالكها وهو جاهل فتلفت عنده فهو كما لو أودع المغصوب عنده فتلف ثم لو استولدها نفذ الاستيلاد وبراء الغاصب ومنهم من أثبت فيه خلافاً وهو قريب من الخلاف الذي ذكره في إعتاقه (الثالثة) لو قال الغاصب لمالك العبد المغصوب أعتقه فاعتقه جاهلاً بالحال ففي نفوذ العتق وجهان (أحدهما) أنه لا ينفذ لأنه لم يرض باعتاق عبده (وأصحهما) النفوذ لاضافة العتق إلى رقيقه والعتق لا يدفع بالجهل وعلى ههنا فوجهان

الغراس (ان قلنا) يستتبع المغرس فههنا أولى والا فوجهان (والفرق) أن اللفظ ههنا توجه نحو البناء والشجر فقوى على التبعية بخلافه فيما يتلف وكذلك قال الخوارزمي ان الاصح أنه لا يبقى فقد ظهر مما قاله أن للمانع أن يمنع لو لم يدخل البناء والشجر لزوم المحذور المذكور (الثاني) أنه ليس يلزمه من السوق الى تصحيح العقود ادراج شيء في العقد لم يقتضه العقد لا لفظا ولا عرفا والحل انما دخل لاقتضاء العرف له وأما هنا فان أدخلنا البناء والشجر أدخلنا ما لم يدل عليه لفظ العاقد لغة ولا عرفا وان أخرجناه وأدخلنا المغرس لزم المحذور الذي أبداه على رأيه وان أخرجنا المغرس خالفنا لفظ العقد وشموله له فلم يبق الا افساد العقد وقد يقال أن افساد العقد أيضاً محذور ولم يصر اليه صائر فلم يبق الا

(أحدهما) أنه لا يبرأ الغاصب عن الضمان بل يرجع المالك عليه بالغرم لأنه لم يرض بزوال ملكه (وأصحهما) البراءة لانصرافه إلى جهة صرفه اليها بنفسه وعادت مصلحتها اليه ولو قال أعتقه عني وفعل جاهلا ففي نفوذ العتق الوجهان ان نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان قال في التتمة الصحيح المنع ولو قال المالك للغاصب أعتقه عني أو مطلقاً فاعتق عتق وبرىء الغاصب *

قال ﴿ الركن الثاني في الموجب فيه ﴾ وهو كل مال مفصوب * وينقسم إلى الحيوان وغيره * فالحيوان يضمن بقيمته حتى العبد يضمن عند التلف والاتلاف بأقصى قيمته ولو قطع الغاصب إحدى يدي العبد التزم أكثر الأمرين من نصف قيمته أو أرش النقصان لأنه تلف تحت يده إذا قلنا جراح العبد مقدر * ولو سقطت يده بأفة سماوية لا يضمن إلا أرش النقصان * ولا يجب في عين البقرة والفرس إلا أرش النقص * ولا يضمن الحر لذمي ولا مسلم * ولكن يجب ردها إن كانت محترمة * ولا يراق على أهل الذمة الا اذا أظهروها * فان أريق فلا ضمان * وكذلك الملاهي اذا كسرت * فان أحرقت وجب قيمة الرضاخ لأنه غير جائز * وكذا في الصليب والصنم والمستولدة والمدير * والمكاتب ملحق في الضمان بالعبد القن *

في الموجب فيه قال حملة المذهب المضمونات قسمان (أحدهما) ما ليس بمال وهو الاحرار فيضمنون بالجناية على النفس والطرف بالمباشرة تارة وبالسبب أخرى والقول في هذا القسم يبسط في الجنايات (والثاني) ما هو مال وينقسم الى الاعيان والمنافع والأعيان قسمان الحيوان وغيره والحيوان قسمان الآدمي وغيره أما الآدمي فتضمن النفس والطرف في الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ويضمن أيضاً باليد العادية وبذل نفسه قيمته بالغة ما بلغت سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية وأما الاطراف والجراحات فتتضمن الى ما يتقدر واجبه من الحر والواجب فيه من الرقيق ما ينقص قيمته سواء حصل بالجناية أو تحت اليد العادية والى ما يتقدر من الحر مما يحصل منها بجناية فيه قولان (أصحهما) وهو الجديد أنه

النظر في أخف المحذورات الثلاثة يلتزم بالحكم بادخال البناء والغراس حكم باثبات أمر زائد على مدلول لفظ العاقد لم يتعرض له باثبات ولا نفي فليس فيه مخالفة اللفظ نفي ما يقتضيه أو اثبات ما ينفيه أما اثبات شيء لم يتعرض له اللفظ باثبات ولا نفي فلا يقال فيه مخالفة ولا موافقة أما الحكم باخراج المغرس والاس فهو اخراج لبعض ما تناوله فكان مخالفاً له فكان الاول اولى وهو الحكم بتبعية البناء والغراس هذا ان ثبت أنه لا يمكن ادخال الاس والمغرس مع اخراج البناء والشجر وهو القسم الثالث بما ابداه وفيه نظر فانه يمكن أن يقال ان الاس والمغرس كل منهما قابل للانتفاع به في الجملة بحفر سرب من تحت البناء وأخذ تراب ذلك المكان ووضع بدله بحيث لا يضر بالبناء وأشباه ذلك فلم تعد المنفعة بالكلية الا ترى أن القاضي حسين قال في فتاويه انه اذا باع عشرة اذرع من أرض عمقا في عرض ذراع صح وللبائع أن ينتفع بأرضه ما جاوز عشر اذرع عمقا بأن يحفر تحت عشر اذرع بئراً أو مبنياً على الوجه الذي يمكنه الانتفاع والله اعلم * وقوله ان الاس والمغرس اذا كانا بهذه المثابة لا يصح بيعه باتفاق بناءه على المقدمة التي أخذها مسألة وقد عرفت المنع المتجه عليها وينبغي اذا تم ما قلناه في المنفعة من الوجه المذكور أن يصح البيع اذا كان ذلك المكان مرثياً قبل ذلك الرؤية المعتبرة في البيع (فان قلت) انه غير مقدور على تسليمه لوجوب بقاء الشجر والبناء

يتقدر من الرقيق أيضاً والقيمة في حقه كالدية في الحر فيجب في يد العبد نصف قيمته كما يجب في الحر نصف دية وعلى هذا القياس (والثاني) وينسب الى اختيار ابن سريج أن الواجب ما ينقص من القيمة كما في سائر الأموال وما يحصل تحت مجرد اليد العادية كما اذا غصب عبداً فسقطت يده بأفة ساهوية فالواجب فيه قدر النقصان وفيه وجه أنه اذا كان النقصان أقل من المقدر وجب ما يجب على الجاني والمذهب الاول لان ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الاموال ألا ترى أنه لا يتعلق به القصاص ولا الكفارة ولا يضرب على العاقلة بحال ولهذا لو كان قدر النقصان أكثر من المقدر كان هو الواجب بالاتفاق (فان قلنا) بالجديد فلو قطع العاصب يد العبد المغموب لزمه أكثر الامرين من نصف القيمة أو أرش النقصان لاجتماع السببين حتى لو كانت قيمته ألفاً ونقص أربعائة وجب خمسمائة ولو نقص ستمائة وجب ستمائة ولو قطع يديه فعليه كل قيمته وكذا لو قطع أشييه فزادت قيمته ولو كان الناقص بقطع العاصب ثلثي قيمته فالواجب ثلثا القيمة على القولين (أما) على القديم فلا أنه قدر النقصان (وأما) على الجديد فالنصف واجب بالجناية والسدس باليد العادية ولو كان الناقص بسقوط اليد ثلث قيمته فهو الواجب على القديم وكذا على الجديد جواباً على أصح الوجهين وعلى الثاني الواجب نصف القيمة والمستولدة والمكاتب والمدبر يلتحقون في الضمان بالعبد القن وقال أبو حنيفة المستولدة لاتضمن بالعصب

(قلت) المذهب الصحيح صحة تسليم الأرض المزروعة مع بقاء الزرع فيها والوجه الآخر القائل بعدم صحة تسليمها في تلك الحال أشبهها بالدار المشحونة بالأمثلة وفرقوا بينهما بأن تفريغ الدار ممكن في الحال وهذا الوجه في الأرض المزروعة لا يأتي في الأرض المغروسة لأن الزرع له أمد ينتظر فاشبه من بعض الوجوه الأمثلة التي يمكن نقلها بخلاف الشجر فمقتضى المذهب أنه يصح تسليم الأرض المغروسة إذا كان الفراس باقياً للبائع قولاً واحداً وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا باع الأرض واستثنى الأشجار بقيت الأشجار على ما هي عليه ولا يكلف القطع لأنها تراد للدوام وصرح الغزالي أيضاً في الفتاوى بأنه لا يلزمه تفريغ الأرض المبيعة عن الشجر عند ما تسلم في وقف الأرض المشتعلة على شجر وإذا ثبت أنه لا يجب التفريغ فالتسليم ممكن على حالها فصح البيع إذا وجدت المنفعة والرؤية وقد عرفت بما ذكرناه عن الغزالي وصاحب التتمة أن ابن الرفعة مساعد على دعواه أنه لا يلزم البائع قلع الشجر لو بقيناه على ملكه على أني وجدت النسخ من فتاوى الغزالي بذلك مختلفة وفي كثير منها أنه يلزمه تفريغ الأرض باسقاط لافكانه غلط من ناسخ وقد نقله الرافعي عنه في كتاب الوقف باثبات لا وكلام صاحب التتمة غير محتمل وأيضاً فإن الغزالي في الفتاوى إذا باع الدار دون النخلة التي فيها ويكون للبائع حق الاجتياز إليها أنه يصح البيع وهذا صريح في مخالفة ما قاله ابن الرفعة من الحكم بعدم الصحة

لنا القياس على المدبر بجماع بقاء الرق فيهما ألا ترى أنه يملك تزيهها واجارتها أو يأخذ قيمتها لو قتلت (وأما) غير الآدمي من الحيوانات فالواجب فيها باليد والجنابة القيمة وفيما ينفك من أجزائها ما ينقص من القيمة ولا فرق في ذلك بين نوع ونوع وعن أبي حنيفة أن الأبل والبقر والحمل وماله اللحم والظهر مما يجب في إحدى عينيه ربع القيمة استحساناً وبه قال أحمد في الخيل خاصة (أما) القياس على أطرافها وعلى ماله اللحم وحده كالغنم أو الظهر وحده كالبعال والحير ولا فرق أيضاً بين مالك ومالك وعن مالك أن في قطع ذنب حمار القاضى تمام القيمة لأنه لا يصلح له بعد ذلك وعن أحمد رواية مثله لنا أن النظر في الضمان إلى نفس المفوت لا إلى أغراض الملاك ألا ترى أنه في وطء جارية الأب بالشبهة مهر المثل كما في وطء جارية الأجنبي بالشبهة وأن تضمن وطء جارية الأب تحريراً عليها (وأما) غير الحيوان فينقسم المثل والمتقوم وسيأتي ما يضبطهما في الركن الثالث بقي من فقه الفصل مسألة وهي أن الخمر والخنزير لا يضمنان للمسلم ولا للذمي خلافاً لأبي حنيفة حيث قال يجب الضمان في أراقه خمر الذمي أن أراقها مسلم ضمنها بالقيمة وإن أراقها ذمي ضمنها بالمثل * لما أن ما لا يضمن للمسلم لا يضمن للذمي كالميتة والدم وأيضاً فإن الخمر ليست بمال ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يرق حيث تجوز الأراقه وحيث لا تجوز ولا تراق خمر هل الذمة إلا إذا تظاهر وأبشر بها أو بيعها ولو غضبت منهم

على تقدير عدم دخول الشجر وقال أبو الفضل عبد الملك بن إبراهيم انقدسى في المطارحات انه إذا باع داراً فيها نخلة دون النخلة وشرط دخول منبتها في البيع صح ويستحق ببقية الشجرة من غير أجره فان اختار صاحب الدار تملك الشجرة بقيمتها أو قلدها بالتزام النقصان كان له وأما كونه لا تلزمه الأجرة ببقيته فكذلك لأنه لو كان مما يبقى باجرة لكان إذا امتنع من الأجرة يلزم بالقطع فلما ثبت أنه لا يلزم بالقطع استلزم عدم الأجرة نعم في عكس ذلك وهو ما إذا باع الشجرة الرطبة وقلنا بالأصح قلنا انه لا يدخل المغرس فليس للبائع قلع الشجرة مجاناً وهل يجب عليه ابقاؤها ما أراد المشتري أم له قلعها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقطع كالعارية وجهان (أصحهما) الأول فيحتمل أن يقال بجريان الوجه الآخر فيما نحن فيه ويحتمل أن يفرق ويقال انا في كلا الموضعين قصرنا الحكم على ما دل عليه لفظ البيع ففي بيع الشجرة لا يستتبع حق الابقاء فهكان له القلع على وجه وفي بيع الأرض كان حق الابقاء ثابتاً فلا يزال بالبيع فهذا فرق جمع والله أعلم * (فان قلت) اذا الغيت هذه الفروق كلها فما وجه المذهب (قلت) الراجح عندي ما ذهب اليه الامام والغزالي أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع ولا في الرهن إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين إتياعه ومتى لم يثبت فالقياس ما قدمته وقد يعتضد الدخول بما ورليست بالواضحة (منها) الثمار إذا لم تؤبر داخله في بيع الشجر

والعين باقية وجب ردها وان غصبت من مسلم وجب ردها إن كانت محترمة والالم يجوز بل أريقت لحديث أبي طلحة في خمر الإيتام والآت الملاهى كالبربط والطنبور وغيرها وكذلك الصليب والصنم لا يجب في ابطالها شيء أصلاً لأنها محرمة الاستعمال ولا حرمة لتلك الصنعة والهيئة اختلفوا في الحد المشروع لأبطالها على وجهين (أحدهما) أنها تكسر وترضض حتى تنتهى إلى حد لا يمكن إيجاد آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها (وأظهرهما) أنها لا تكسر الكسر الفاحش ولكنها تفصل وفي حد التفصيل وجهان (أحدهما) أنها تفصل قدر مالا تصلح للاستعمال الحرام حتى إذا رفع وجه البربط وترك على شكل قصعة كفى (والثاني) أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذى يناله في ابتداء الإيجاد وهذا بان يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ويشبهه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعى رضى الله عنه وعامة الأصحاب وما ذكرنا من الاقتصار على تفصيل الأجزاء فيما إذا تمكن المحتسب منه أما إذا منعه من يده وكان يدفع عن المنكر فله ابطاله بالكسر وحكى الامام وفاق الأصحاب على أن قطع الاوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة وتوقف في شيئين تفرعاً على وجه المبالغة في الكسر (أحدهما) في الصفائح التى توجد في يد من يصنع تلك الآلات لان من بالغ في الكسر عند حصول الهيئة المحظورة قد لا يرى تلك المبالغة في الابتداء (والثاني)

بمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فقد دل هذا المفهوم على استتباع الشجرة للثمرة غير المؤبرة وليست باقية على الشجرة دائماً فاستتباع الأرض للشجر وهو باق فيها دائماً أولى وفي طرق هذا الحديث في البخاري عن نافع مولى بن عمر «أما نخل بيعت لم يذكر الثمر فالثمر للذي أبرها» وكذلك العبد والحرث فالحرث إن كان المراد به ^(١) (ومنها) أن الأرض تطلق كثيراً ويراد بها الأرض مع ما فيها ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه للنبي ﷺ «إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه الحديث وليس مراده الأرض وحدها بل الأرض بما فيها ولذلك قاله النبي صلى الله عليه وسلم «حبس الأصل وسبل الثمرة» فإذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيراً فإن وصل إلى حد الحقيقة العرفية فذاك والا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه فإنه لو كان مراده إخراج البناء والشجر مع كره استعمال الأرض مع دخولها لنص على الإخراج فلما لم ينص على ذلك دل على أن مراده الشمول مع كون البائع معرضاً عن البيع وقاطعاً اطاعه عنه بخلاف الراهن وكل من هذين الوجهين ليس بالقوى (أما) الأول فلأن الثمرة غير المؤبرة شبهة بالجزء الحقيقي فهي كالحمل بخلاف البناء والشجر والأصحاب ومن يوافقهم يحاولون تشبيه البناء والشجر بأجزاء الأرض لكونهما مرادين للبقاء وفي الاكتفاء بهذا الوصف مع المفارقة في أمور أخرى نظر (وأما) الثاني فإن الكثرة ممنوعة (وأما) الإطلاق على سبيل المجاز فلا يمتنع ومع ميل في البحث كما

(١) بياض
بالأصل فحرر

في الصليب لأنها خشبة معروضة على خشبة فإذا رفعت أحدهما عن الأخرى فلا معنى للزيادة عليه إذا عرفت ذلك فمن اقتصر في بطاها على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن جا وزها فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به وإن أحرقتها فعليه قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع ولنعبد إلى ما يتعلق بلنظ الكتاب (قوله) وهو كل مال معصوم ظاهره يقتضي حصر ما يجب ضمانه في الأموال وقد عرفت من التقسيم السابق أن الأحرار مضمونون أيضاً وكأنه أراد ما يجب ضمانه بالأسباب المذكورة في أول الباب وحينئذ يخرج الأحرار لأنهم لا يضمنون باليد العادية وإن كانوا مضمونين وأشار بالمعصوم إلى أن عصمة المال شرط في وجوب الضمان فلا يضمن مال الحربي وقوله وحتى العبد يضمن عند التلف والاتلاف أقصى قيمته معلم بالحاء لأن أبا حنيفة لا يوجب أقصى قيمة المالك على ما بينته في موضعه (وقوله) إذا قلنا جرح العبد مقدر إشارة إلى قوله الجديد (وقوله) لا يضمن الأرض النقصان معلم بالواو (وقوله) ولا يجب في عين البقرة والفرس بالحاء والالف لما ذكرنا والقصد بما ذكرنا التعرض لمذهبهما وإنما ذهبنا إليه لا ترفيه عن الصحابة وتأويله عندنا أن الأرض في الواقعة كان قدر الربع (وقوله) لذمى معلم بالحاء (وقوله) ولكن يجب ردها

رأيت الى موافقة الامام والغزالي لأقدم على الجزم به ما لم يصح عندي أن أحداً من العلماء المتقدمين ذهب اليه ولا أستحضر الآن عن أحد منهم قولاً بذلك والله أعلم * وفي كلام الرافي ميل الى ما اختاره الغزالي مع نقله عن عامة الأصحاب أن ظاهر المذهب دخولها وابهم وأن أصح الطرق تقرير النصين فهذا آخر كلامنا على هذه الطريقة وفي المسألة طريقة رابعة أن البناء والغراس يدخلان في البيع وفي دخولهما في الرهن قولان حكاهما أبو الحسن الجوزي مع طريقة القولين قال ابن الرفعة ويشهد لها أن الحمل والثمرة غير المؤجرة تندرج في البيع قولاً واحداً وفي اندراج ذلك في الرهن قولان (المنصوص) منها في الأم كما قال البندنجي في الثمرة عدم التبعية (وفي القديم) نص على التبعية ثم أغرب الجوزي فجعل القولين في الرهن في الأرض والدار جميعاً معللاً على أحد القولين بأن الدار اسم للعروة ثم قال وقد قيل ان الرهن والبيع سواء وفيهما قولان ومقتضى كلام الجوزي هذا اثبات خلاف في دخول البناء في بيع الدار ورهنها وهذا في غاية البعد فان الدار اسم لمجموع البناء والأرض وانما الخلاف اذا ورد العقد على الأرض *

﴿ فرع ﴾ فالما اذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الأرض فيباض الأرض الذي بين البناء والشجر لا يدخل في البيع على المشهور والفرق أن الأرض أصل والبناء والشجر فرع والأصل يستتبع الفرع وقال الامام في كتاب الرهن ان كان ما بين المغارس لا يتأقأ افرارها بالانتفاع الا على

يجوز اعلامه بالواو كما تقدم في فصل التحليل في كتاب الرهن وقوله وان اريقته فلا ضمان ضرب تأكيد وبينه على أن لا يضمن الخمر مع المنع من اراقها والا فبقوله لا يضمن الخمر لدمي يفيد النفي السكلي واذا ذكره فلا بأس باعادة اعلامه بالحاء (وقوله) وكذا الملاهى اذا كسرت يعني الكسر المشروع ولفظ المستولدة معلم بالحاء واتلاف الخمر وابطال منفعة الملاهى يخرج عما يضمن بقوله في أول الزكن وهو كل مال معصوم *

قال ﴿ ومنفعة الأعيان تضمن بالفوات تحت اليد والتفويت * ومنفعة البضع لا تضمن إلا بالتفويت * ومنفعة بدن الحر تضمن بالتفويت وهل يضمن بفواتها عند حبس الحر وجهان وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه حتي ينبغي عليه جواز اجارة الحر عند استئجاره إن قلنا تثبت اليد وانه بتسليم نفسه هل يتقرر أجرته * وفي ضمان منفعة الكلب المعضوب وجهان * وما اصطاده بالكلب المعضوب فهو للغاصب على أحد الوجهين * فان اصطاد العبد فهل يدخل أجرته تحته لأن الصيد للمالك فيه وجهان * ولولبس ثوباً ونقص قيمته فهل تندرج الأجرة تحت النقص فيه وجهان ولو ضمن العبد المعضوب بعد إبقائه فهل تسقط عنه أجرته بعد الضمان فيه وجهان *

سبيل التبعية للأشجار فوجهان (وأما) ما كان من الأرض قرار للشجر والبناء ففي دخوله في البيع تبعاً للبناء والشجر وجهان حكاهما الماوردي هنا في قرار البناء والشجر معاً وسيأتي حكايتهما في الشجر عند الكلام في بيع الشجر ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ من الشجر ما يغرس بذره في محل فاذا أطلع ينقل من ذلك المحل الى محل آخر ويغرس فيه ويسمى شتلاً ويقال ان ذلك أنفع له وربما لو بقي في ذلك المكان الأول لم ينتفع كما لو نقل فهذا النوع لم يوضع في مكانه الأول للدوام فهل يكون حكمه حكم الشجر الموضع للدوام فيكون تابعاً للأرض أو يكون كالزراع هذا فيه نظر ولم أره منقولاً وينبغي أن يقال ان كان ذلك ينقل من بعض تلك الأرض الى بعض فيدخل وان كان ينقل الى أرض أخرى ولا بقاء له في تلك الأرض المبيعة فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ حكم الهبة حكم البيع لأنها تزيل الملك فقيها وفي الرهن الطرق المتقدمة ذكره الجرجاني *

تم الكلام في قسم الأعيان من المضمونات (أما) المنافع فهي أنواع (منها) منافع الأموال من العبيد والثياب وغيرها وهي مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية خلافاً لأبي حنيفة حيث قال لا تضمن بالتفويت ولا بالفوات وإنما تضمن بعقد أو شبهة عقد ولما كان حيث قال لا تضمن بالفوات تحت اليد وإنما تضمن بالتفويت والاستعمال لنا أن المنافع مضمونة بالعقد الفاسد وتضمن بالغصب كالأعيان وأيضاً فإنها متقومة ألا ترى أنه يبذل المال لتحصيلها ولو استأجر عينا لمنفعة واستعملها في غيرها ضمنتها فاشبهت الأعيان إذا تقرر ذلك فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة طالعه أو لم يطالعه أو مسكه شهراً أو لم يشم لزمه الأجرة ولو كان العبد المغصوب يحسن صناعات لزمه أجرة أعلاها ولا يجب أجرة الكل (ومنها) منفعة البضع وهي لا تضمن بالفوات تحت اليد والفرق بينها وبين سائر المنافع أن اليد لا تثبت على منفعة البضع ألا ترى أن السيد يزوج الأمة المغصوبة ولا يؤجرها كما لا يبيعها لأن يد الغاصب حائلة ولو تدعى اثنان نكاح امرأة يدعيان عليها ولا يدعى أحدهما على الآخر وان كانت عنده وإذا أقرت لأحدهما حكم بأنها منكوحته وذلك يدل على أن اليد لها وأيضاً فإن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاق للحاجة وسائر المنافع تستحق استحقاق ملك تام ألا ترى أن من ملك منفعة بالاستئجار نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجر وبغير العوض بأن يعير والزوج المستحق لمنفعة البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا بغير عوض (وأما) إذا فوت منفعة البضع بالوطء ضمن مهر المثل وأخرنا بسط الكلام فيه إلى الفصل الثالث من الباب

﴿ فرع ﴾ إذا باع الأرض وفيها شيء يابس هل يدخل في البيع كغيره أو لا يدخل لأنه لا يراد للدوام ولهذا إذا باع الشجرة اليابسة لا يجب تبقيتها لم أر ذلك مصرحاً به والأقرب إلى كلامهم الجزم بالثاني ثم يكون حكمه حكم الحجارة المودعة في الأرض إذا علم المشتري بها في وجوب التفريغ والتسوية وغير ذلك على ما سيأتي في الحجارة والله أعلم * فينبغي أن تستثنى الشجرة اليابسة من مطلق قولهم أنه إذا باع أرضاً ودخل الشجر كما هي عبارة كثير من الأصحاب (وأما) عبارة المصنف في قول الغراس فقد يقال إن الغراس لا يشمل عرفاً إلا الرطب والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ جزم صاحب الاستقصاء بدخول المسناة والسواق وما بنى به طوقها ومساربها من أجر وحجر وما صغر من الآكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن وجعل محل الطرق في البناء من قصر وغيره والغراس من نخل وغيره وهذا لم أره لغيره بل كلام الماوردي يقتضي جريان الخلاف فيه فإنه قال إذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخل في البيع فكذلك كل ما كان في الأرض متصلاً بها من مسناتها سواء كان أجراً أو حجارة أو تراباً وكذا تلال التراب التي تسمى بالبصرة جبالاً وخوخاتها وبيدرها والحائط الذي يحظرها وسواقيها التي تشرب الأرض

الثاني لأن حكم وطء المشتري من الغاصب المذكور هناك وذكر حكم وطء الغاصب معه أحسن في النظم (ومنها) منفعة بدن الحر وهي مضمونة بالتفويت وإذا قهر حرّاً واستخدمه في عمل ضمن أجرته وإن حبسه وعطل منافعه فوجهان (أحدهما) أنه يضمنها أيضاً لأن منافعه متقومة بالعقد الفاسد فاشبهت منافع الأموال وحكى هذا عن ابن أبي هريرة (وأصحها) المنع لأن الحر لا يدخل تحت اليد بخلاف الأموال ويقرب من هذين الوجهين الخلاف في صورتين (إحداها) لو استأجر حرّاً وأراد أن يؤجره هل له ذلك (والثانية) إذا أسلم المستأجر نفسه ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها هل تنقصر أجرته قال الأكثرون له أن يؤجره وتنقصر أجرته وقال القفال لا يؤجره ولا تنقصر أجرته لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا تحصل منافعه في يد المستأجر وضمانه إلا عند وجودها هكذا أورد النقلة توجيه الخلاف في المسائل الثلاثة ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ولكن القائلين بجواز إجارة المستأجر وتفريم الأجرة كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة وصاحب الكتاب جعله مختلفاً فيه وبني الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد ولم اعثر على ذلك لغيره وبتقدير ثبوته يجوز أن يعلم (قوله) والحر لا يدخل تحت اليد وفي الرهن في الباب الثالث في مسألة موت الحرة المزني بها في الطلق من حمل الزنا بالواد وفي دخول ثياب الحر في ضمان من استولى عليه تفصيل المذكور في الكتاب في السرقة *

وأنها التي فيها عين الماء ان كانت فيها وقال الرافعي لا تدخل مسائل الماء في بيع الارض ولا يدخل فيه سربها من النهر والقناة المملوكين الا أن يشترط أو يقول بحقوقها وكلام الرافعي هذا يجب حمله على المسائل الخارجة عن الارض التي يصل منها الماء الى الارض المبيعة وكذلك القناة والنهر (أما) الداخلة فيها فانه لا شك في دخول أرض النهر والقناة والمسيل (وأما) بناؤها فيدخل على المذهب كما ذكرناه عن الماوردي ويجب أيضاً تأويل كلام الماوردي في النهر والعين فان أرضهما داخلة بلا خلاف ولا يجري الخلاف فيهما الا في البناء ان كان ثم نقل الرافعي عن أبي عاصم العبادي أنه حكى وجها أنه لا يكفي ذكر الحقوق يعني في المسألة التي ذكرها في النهر والقناة ولا خلاف انه لا يدخل النخل المقطوع والشجر المقطوع في بيع الارض من غير شرط كالعبد والامة اذا كانا في الارض وكذلك ما فيها من علف مخزون وتمر ملقوط وتراب منقول وسماط محمول فكل ذلك للبائع لا يدخل الا بالشرط او يكون التراب والسماط قد بسط على الارض واستعمل قاله الماوردي والرويانى وان كان في الارض دولاب للماء ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يدخل في البيع كبكرة الدولاب وخشبة الزرقوق والحبل والدلو والبكرة وبه قال ابو حنيفة رضى الله عنه (والثاني) يدخل لاتصاله بها (والثالث) ان كان دولاباً

﴿ فرع ﴾ قال في التهمة لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر فان لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء وان كان واحتاج الى مؤنة فهو على الناقل لتعديه (ومنها) منفعة الكلب فمن غصب كلب الصيد أو الحراسة لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة وهل يضمن منفعته بالاجرة فيه وجهان مرتبان على الوجهين في جواز استئجاره وسيأتي ذكرهما وما اصطاده الغاصب بالكلب المصوب للمالك على أحد الوجهين كصيد العبد واكسابه وللغاصب على أظهرهما لأن الجارحة آلة كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما ويجرى الوجهان فيما لو اصطاد بالبارى والفهد المصوبين وحيث كان الصيد للغاصب لزمه اجرة المثل للمصوب منه وحيث كان للمالك كصيد العبد ففي وجوب الاجرة لزم الاصطياد وجهان (أحدهما) لا تجب لأنه اذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفة إليه (وأشبههما) الوجوب لأنه ربما كان يستعمله في غير ما استعمل به ولا تدخل الاجرة فيما اكتسبه ثم الفصل مختوم بقاعدتين (أحدهما) ان كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو غصب ثوباً أو عبداً فانتقصت قيمته بأفة سماوية كما لو سقط العبد بمرض وجب الارش مع الاجرة والاجرة الواجبة لما قبل حدوث النقصان اجرة مثله ساوياً ولما بعده اجرة مثله معيباً فان كان النقص بسبب الاستعمال كما اذا لبس الثوب فابلاه فوجهان (أصحهما) أنهما يجبان أيضاً كالو حصل النقصان بسبب آخر (والثاني) أنه لا يجب الا أكثر الامرين من اجرة المثل وارش النقصان

صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله من غير مشقة لم يدخل وان كان كبيراً لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة دخل في البيع لأنه يصير للاستدامة والبقاء فاشبه الشجر والبناء حكى ذلك الماوردي وان كان فيها رحا الماء وقلنا يدخل البناء في بيع الأرض دخل فيه بيت الرحا وبنائه وهل يدخل الرحا في البيع فيه ثلاثة أوجه (قيل) لا يدخل شيء منه في البيع لعلواً ولا سفلاً كخشبة الزرقوق (وقيل) يدخل علواً وسفلاً لانها من تمام المنافع (وقيل) يدخل السفلى ولا يدخل العلوى حكى هذه الأوجه الثلاثة الماوردي وقال صاحب الاستيفاء وقال الصيمري في الايضاح والصحيح أن يقال ان كان ذلك مبنياً أوفى حكم البناء دخل وان كان بخلاف ذلك لم يدخل فيصير في المسألة أربعة أوجه قال الماوردي وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فيدير الرحا فهو تبع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج منه بخروجه والحقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو هذا كلام الماوردي وان قال بعتك هذا البستان أو المحرف أو هذه الجنة دخل فيه الأشجار لأنه عبارة عن الأرض والشجر وفي العريش الذي يوضع عليه وجهان (أحدهما) وهو الأصح أنه يدخل في البيع (والثاني) لا يدخل •

(٢٠١) يياض
بالأصل فخر

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ فان قال بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع لأن القرية اسم للابنية دون المزارع ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ القرية ^(١) أما الأحكام ^(٢) قال الأصحاب إذا قال بعتك هذه القرية

وأطلق دخل في البيع الأبنية وما فيها من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والأرضون التي يحيط بها السور والحصن الذي عليها وهو السور والسور المحيط بها والدروب فان لم يكن سور فيدخل من

لأن المقصود نشأ من الاستعمال وقد قوبل الاستعمال بالأجرة فلا يجب له ضمان أجره والقائل الأول يقول الأجرة لا تجب للاستعمال وانما تجب لفوات المنفعة على المالك ألا ترى أنها تجب وان لم يستعمل فاذا لا يلزم وجوب ضمانين بشيء واحد (الثانية) سند ذكر أن العبد المغضوب اذا تعذر رده بأفة غرم الغاصب قيمته للحيولة ويلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة التي تمضي قبل بذل القيمة ولما بعده وجهان (أحدهما) أنها لا تجب لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغضوب فكان المغضوب عاد اليه (وأصحهما) الوجوب لأن حكم الغصب باق وانما وجبت القيمة للحيولة فيضمن الأجرة لفوات المنفعة والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها وفي أن جنابة الآبق في إياقه هل يتعاق ضمانها بالغاصب ولو غيب الغاصب العبد المغضوب الى مكان بعيد وعسر رده وغرم القيمة قال الامام وسيجيء في هذه الصورة الخلاف في الاحكام المذكورة أيضاً (ومنهم) من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الاحكام والفرق أن من غيبه باختياره فهو باق في يده وتصرفه فلا تنقطع علائق الضمان عنه بخلاف الآبق •

الأرض ما اختلط بينيها ومساكنها وما كان من أفنية المساكن وحقوقها وفي الأشجار التي في وسطها الخلاف السابق في دخول الأشجار تحت اسم الأرض هكذا قال القاضي أبو الطيب وكثير من الأصحاب منهم الرافعي والرويانى وخالف الامام والغزالي هذا اختيارها فاختارا في هذه دخول الأشجار تحت اسم القرية وإن اختارا في اسم الأرض عدم الدخول وهو متجه لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع ما فيها من بناء وشجر وكذلك جزم الماوردي بدخول ما في خلال المساكن من الدخول والشجر وهو الحق واستبعد الامام تردد العراقيين في دخول الأشجار ورأى أن ذلك أبعد من التردد في أشجار الدار لأن الأشجار مألوفة في القرى ولا تستجد القرية بالأشجار اسماء والدار تستجد اسم البستان والأعدل ما قاله الماوردي من دخول الأشجار المتخللة للمساكن (وأما) البساتين الخارجة عن القرية فمقتضى كلام الغزالي دخولها فإنه أطلق القول باستتباعها للأشجار وكذلك الامام حكي الخلاف في الأشجار ولم يفصل وغيره يفيد جريان الخلاف فيها لخروجها عن القرية وصلاحيتهما للتبعية وجزم الماوردي بعدم دخولها وهذا الذي قاله الماوردي من دخول الأشجار المتخللة دون الخارجة توسط وهو وجه ثالث إن صح أن الخلاف الأول في الجميع (وأما) المزارع فلا تدخل في البيع ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل القرية لم يحث بدخول المزارع وقد يقول القائل ينبغي تخريج ذلك علي أنه يشترط مجاوزتها في القصر ولكن هذا الاحتمال مندفع فإن المدرك في الرخصة خروجه عن حكم الإقامة فما دام في حقوق البلد حكم الإقامة منسحب عليه عند ذلك القائل وإن كان خارجا عن البلد والمبيع ههنا الاسم والقرية مأخوذة من الجميع والمزارع ليس بداخله فيه بخلاف الابنية وما أحاطت به وفي النهاية أن المزارع تدخل وهو غريب وكذلك يدخل في بيع القرية ضياعها قاله الرويانى هذا إذا أطلق (أما) إذا قال

قال ﴿ الركن الثالث في الواجب ﴾ وهو ينقسم إلى المثل والقيمة * وحد المثل ما تماثل أجزاءه في المنفعة والقيمة من حيث الذات لا من حيث المنفعة * والأظهر أن الرطب والعنب والدقيق مثلي * وكذا الخبز فإن اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر الخلوطات ﴾ *

ما يجب ضمنا ينقسم باعتبار المضمون الي المثل والقيمة فيضمن المثل بالمثل لأنه أقرب إلى التالف والمتقوم بالقيمة والأصحاب في ضبط المثل عبارات (أحدها) أن كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي وتروى هذه العبارة عن أبي حنيفة وأحمد وتنسب إلى نص الشافعي رضي الله عنه لقوله في المختصر وماله كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه (والثانية) زاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة والضمان يشبهه لا يثبت في الذمة (والثالثة) زاد القفل وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين في قضية التقابل واعترض على العبارات

بمقوقها فالجمهور على أنه لا تدخل المزارع أيضاً بل لابد من النص على المزارع ومن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمصنف والماوردي وصاحب التتمة وغيرهم لأن حقوقها ما فيها من البناء والبيوت والطرق ونقل الرافعي عن القاضي ابن كجب دخول المزارع فيما إذا قل بمقوقها وقال عنه وعلمنا قوله في النهاية إنهما غريبان وقال ابن الرفعة إنه يمكن تنزيل قول الامام بدخولها على ما إذا كانت داخلية في القرية توفيقاً بين المتأين (أما) لو سمي المزارع دخات قاله القاضي أبو الطيب وغيره وكذلك لو قل بعنتك القرية بأرضها أيضاً دخات المزارع حكى ذلك عن البندنجي والمراد بالمزارع الارضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية (أما) الزرع نفسه فلا يدل إلا أن يكون له بقاء فالحكم في تبعية هذا كالحكم في تبعيته عند بيع الأرض وهو فيها وسيأتي حكم ذلك قال ابن الرفعة وجزموا يعني العراقيين أنه إذا قل بمقوقها يدل الشجر تولا واحداً على أصاهاً أنها تدل في مثل هذا في بيع الأرض وقد عرفت عن غيرهم خلافاً في هذا في الأرض فلا يمكن بحجته هنا لأن القائل بهذا في الأرض جازم بدخول الاشجار في اسم القرية من غير تعرض لذكر الحقوق (قلت) والخلاف في الأرض نقله الامام فيما تقدم عن بعض أئمتنا ومال اليه وسبقه القاضي حسين إلى ذلك والامام هنا قد اختار دخول الاشجار فلا يتأتى منه الخلاف كما قل ابن الرفعة لكن بعض الأئمة الذي نقل عنه الامام الخلاف في الأرض لم يتبين حتي يحكم عليه حتى يعرف هل هو جازم بدخول الاشجار في القرية أولاً والقاضي حسين لم أتف له على كلام في مسألة القرية حتى أعرف هل هو من الجازمين بذلك كلاماً أولاً لكن ما نبه عليه ابن الرفعة جيد في أنه لا يمكننا إثبات خلاف هنا لاحتمال أن يكون المخالف هناك

الثلاث بأن القمام والملاق والمغارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة ويجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية هكذا حكى الامام الاعتراض عن القاضي لكن قدم في باب السلم أن القمام ونحوها لا يجوز السلم فيها لاختلافها وإنما الجواز في الاسطال المربعة والظروف المضروبة من القوالب فان كان الالتزام بمثلها فلا يبعد من صار الى العبارات الثلاثة طردها فيها والحكم بأنها مثلية (والرابعة) نقل بعض شارحي المفتاح أن المثليات هي التي تنقسم بين الشريكين من غير حاجة الى تقويم ولك أن تقول هذا مشكل بالأرض المتساوية الاجزاء فانها تنقسم من غير تقويم وليست هي بمثلية (الخامسة) قال العراقيون المثلي مالا تختلف اجزاء النوع الواحد منه في القيمة وربما يقال في الجرم والقيمة ويقرب منه قول من قال المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة ومعظم المنافع وما اختاره الامام هو تساوي الاجزاء في المنفعة والقيمة فزاد النظر الى المنفعة وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب وزاد قوله من حيث الذات لا من حيث الصنعة وقصد به الاحتراز من الملاق والمغارف

جازما هنا كالامام فتي لم نتحقق من شخص معين الخلاف في المسألتين لم يحز إثبات الخلاف مع الشك والله سبحانه وتعالى أعلم •

﴿ فرع ﴾ الحكم المذكور في اسم القرية جار في اسم الدسكرة كما ذكره الخراسانيون والدسكرة بناء كالقصر حوله بيوت • قال المصنف رحمه الله •

﴿ وان قال بعثك هذه الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسورة والحوابي والاجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها وان كان فيها رجا مبنية دخل الحجر السفلا في بيعها لانه متصل بها وفي الفوقاني وجهان أحدهما أنه يدخل وهو الصحيح لأنه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب والثاني لا يدخل لانه منفصل عن المبيع ويدخل الفلق السمر في الباب وفي المفتاح وجهان أحدهما يدخل فيه لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه والثاني لا يدخل لانه منفصل فلم يدخل فيه كالللو والبكرة وان كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الارض •

(٢٥١) بياض
بالأصل فخر

﴿ الشرح ﴾ الخوابي والاجاجين بجيمين وهي الاواني التي تغسل فيها الثياب قال ابن معن وتسمى المراحض والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصنع أو الدبغ أو العجن أو لخراج الشيرج من كسب السمسم ونحو ذلك والفلق ^(١) والبكرة ^(٢) أما الاحكام فقال الاصحاب إذا قال بعثك هذه الدار دخلت في البيع الارض والابنية على تنوعها سفليها وعلوها حتى يدخل الحمام المعداد من مرافقها وحكي عن نضه أن الحمام لا يدخل وحمله الاصحاب على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل في الاسفار فاما الحمامات المبنية من الطين والآجر اذا كان بحيث لا يمكن نقله فانه يدخل في العقد وحكوا أن الر بيع حمله على ذلك وفصل الغزالي في الحمام فقال ان كان لا يستقل دون الدار

وصنجات الميزان المتساوية فان تساويهما جاء من حفظ التشابه في الصنعة والا فالاصنوعات مختلفة في الغالب ولك أن تقول المعلقة ونحوها لو وردت على الضابط المذكور اما ان ترد لتماثل أجزائها وهي معلقة أو لتماثل جوهرها فقط (والاول) باطل لأن أجزاء المعلقة غير متماثلة في الصنعة وأما (الثاني) فالصفر الذي هو جوهر المعلقة اذا كان مثليا كان تماثل أجزائه من حيث الذات لا من حيث الصنعة واذا لم تؤثر الصنعة في تماثل الاجزاء فكيف يقال ما تماثل أجزاؤه من حيث الذات لامن حيث الصنعة والحق أن أثر الصنعة في تماثل الاعداد وأوضاع أجزائها لا غير واذا وقفت على هذه العبارات وبحثت عن الأظهر منها فاعلم أن الأولى منقوضة بالمعجونات (والثالثة) المعتبرة بجواز بيع البعض ببعض بميزة عن اعتبار أكثر الأصحاب فانهم أعرضوا عن هذا الشرط وقالوا امتناع بيع البعض ببعض من الرويات لرعاية التماثل في حال الكمال بمعزل عما نحن فيه (والرابعة) لا تدخل لها وأما الخامسة

اندرج وان استقل فهو من الدار كالبناء من البستان يعني فيجرب فيه الخلاف في ذلك واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذي لا ينقل لا يدخل لقول الشافعي رضي الله عنه وما كان مما يجب من البنين مثل البناء بالخشب فان هذا متميز كالنبات والحديد فهو لباعة الا أن يدخله المشتري في صفقة البيع وقال أنه لم ير أحداً من الاصحاب تعرض له وانه فقه ظاهر لان ما كان من أجزاء الارض اذا أثبت فيها وذا تغيرت صفته كاللبن يجعل أجزاء أو لم يتغير كالأحجار واللبن يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلاً من أصل الخلقة بخلاف ما اذا كان من خشب وان كان الشجر الأخضر يتبع في بيع الأرض لسكنه ليس بجزء منها وانما تتبعها لأنه صار كجزء المتصل بها ولهذا ينمو بها بخلاف البناء (قلت) وقد رأيت النص المذكور في الأم في باب تمر الحائط يباع أصله ولسكني لم أعرف ما معنى قوله يجب من البنين ولا ضبط هذه الكلمة أيضاً غني يجب غير أنه إذا كانت الحمام كلها من خشب وهي مثبتة في الدار لا تنقل ولا تحول كانت كالسور الخشب المسورة التي لا تحول وفي دخولها وجهان (أصحهما) الدخول كما سيأتي وإذا كان كذلك فيكون ما قاله ابن الرفعة موافقاً لأحد الوجهين وليس مما انفرد به عن الأصحاب كما ظن لكن مأخذ الأصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذي ذكره وذلك عندهم في كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله ولا فرق في ذلك بين أن يكون من خشب أو طين أو غيرها وكذلك طردوه في صندوق رأس البئر وهي الحرزة التي طلى فوهتها والغالب إنما تكون من حجر أو رخام وكذلك طردوه في معجن الجيار والغالب أنه يكون من فخار فهو كالآجر الذي جعله هو من جنس أجزاء الأرض وفرق بينه وبين الخشب وكذلك حجر الرخا وغير ذلك مما

فإن أريد بالأجزاء فيها كل ما يتركب منه الشيء فيلزم أن لا تكون الحبوب مثلية لأنها تتركب من القشور والألباب والقشر مع اللباب مثليان في القيمة والمنفعة وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى والعجم وإن أريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة فيلزم أن لا تكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من اختلاف في الوزن وفي الاستدارة والاعوجاج وفي وضوح السكة وخفائها وذلك ما يؤثر في المنفعة والقيمة والنظر إلى الجرم بعيد لأن الحبوب والتمور متماثلة ومعلوم أن نوعاً منها لا يخلو عن اختلاف الحبات في الصغر والكبر فإذا أظهر العبارات الثانية لكن الأحسن أن يقال المثلي كل ما يحصره الكيل أو الوزن ويجوز السلم فيه ولا يقال كل مكيل أو موزون لأن المفهوم منهما ما يعتاد كيلاه ووزنه فيخرج منه الماء وهو مثلي على الأصح هذا ما يتعلق بالضبط وينشأ من اختلاف العبارات الخلاف في الصفر والنحاس والحديد والآنك لان أجزاءها مختلفة الجواهر ولان زبرها متقاربة الاجرام وفي التبر والسبيكة والعنبر والمسك والكافور والثلج والجمد والقطن يمثل ذلك وفي العنبر والرطب

ستأتى أمثله حتى لو فرضنا حماما من حجر وهى مثبتة فى الدار وكان يمكن أن تنقل وهى على حالها وينتفع بها اقتضى أن يجرى فيها الخلاف المذكور فى الأمثلة المذكورة ثم أن الشافعى رضى الله عنه إنما ذكر النص المذكور فى الأرض والمعنى الذى أبداه ابن الرفعة وهو اعتبار أجزاء الأرض إنما يتم فيها والكلام هنا إنما هو فى بيع الدار ومن المعلوم أن الدار فى الغرض غالباً يشتمل على أجناس من أجزاء الأرض وغيرها ولا يلزم من القول بعدم دخول مليس من أجزاء الأرض تحت اسم الأرض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار والتحقيق ما قدمته من إلحاقها بالسريير ونحوه والله أعلم • هذا ما يتعلق بالحمام (وأما) الآلات فهى على ثلاثة أضرب (أحدها) ما أثبتت تنمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقف والابواب المنصوبة وما عليها متصلاً بها من الأغاليق والحقاق والسلاسل والاضباب والجناح والدرج والمراقى المعقود من الآجر والجص وغيره (والآخر) المفروس فى الدار والبلاط والطوايق يدخل فى البيع فأنها معدودة من أجزاء الدار (الثانى) ما هو مثبت فيها متصل بها ولكن لا على هذا الوجه كالرفوف المتصلة وهى المسورة أو التى أطرافها فى البناء والحوابى وأحدتها خابية وهى الزير عند أهل مصر والجاجين والدنان المبنية للانتفاع بها فى ترك الماء فيها أو غسل الثياب والسلام المسورة والأتاد المثبتة للانتفاع بها فى الأرض والجدران والتحتاني من حجر الرخا المثبتة وخشب القصار ومعجن الخباز والسرر المسورة والدرابزين وصندوق رأس البئر وصندوق الطحان وفى جميع ذلك وجهان (أحدهما) وهو الذى جزم به المصنف أنها تدخل لثباتها واتصالها (والثانى) لا تدخل لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تنزع وتتحرك عند الاستعمال وعند القاضي حسين المعلق من هذا النوع الذى فيه وجهان وجعله فى كل ما هو متصل ويمكن الانتفاع به بعد

وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض وكذا فى الدقيق والاطهر أنها جميعاً مثلية وفى السكر والفانيد والعسل المصنّى بالنار والنحم المشوى الخلاف فى جواز بيع كل منها بجنسه وفى الخبز لامتناع بيع بعضه ببعض وأيضاً للخلاف فى جواز السلم فيه وجعل صاحب الكتاب الاظهر كونه مثلياً بناء على قطع النظر عن امتناع بيع بعضه ببعض ويجوز السلم فيه لكنا أثبتنا الخلاف فى السلم وبيان ذلك الخلاف (وقوله) فإن اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر الخلوطات يعنى المعجونات والفوالى ونحوها والفرق بين ما يقصد اخلاطه وبين ما لا يقصد منه الا الواحد مقرر فى السلم أما الحبوب والادهان والالبان والسمن والخميض والخل لم يستعن فى إيجاده بالماء والزبيب والتمر ونحوها فهى مثلية بالاتفاق وكذا الدراهم والدنانير لكن قضية العبارة الثانية أثبت الخلاف فيها لان فى السلم فيها اختلافاً قد تقدم وأيضاً فإنهم جعلوا المكسرة على الخلاف فى التبر والسبيكة لتفاوت القراضات فى الجرم ومثل ذلك يفرض فى الصحاح فيلزم مجيئ الخلاف فيها وهذا فى الدراهم والدنانير الخالصة أما

الانفصال والاكثر عدوا الاعاليق من القسم الاول وقد تقدم في حجارة رحا الماء عن صاحب
الحاوي وغيره أربعة أوجه ومحملها هناك في بيع الأرض وما نحن فيه في بيع الدار وفصل الماوردي في
الحباب المدفونة فقال ان كان دفنها استيداها لها في الأرض لم تدخل في البيع وان كان دفنها للانتفاع
بها على التأنيد كحباب الزياتين والبرارين والدهانين دخلت وهذا جزم منه بأحد الوجهين المتقدمين
كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال (الضرب الثالث) المنقولات كالدلو والرشا والجارف والسرر
والرفوف الموضوعة على الاوتاد والسلالم التي لم تسمر ولم تطين والاقفال والكنوز والدقائق والصناديق
والمناجير ورحا اليد التي تنقل وتحول والخزائن المنفصلة وأقفالها ومفاتيحها والأبواب المقلوقة والحجارة
المدفونة والآجر الذي دفن ليخرج ويستعمل وكذا كل ما فصل من آلة البناء من آجر وخشب
فلم تستعمل أو كان أبوابا ولم تنصب وجزم الرافعي وجماعة بأن البكرة كالدلو من هذا النوع الذي
لا خلاف فيه وحكي القاضي حسين في البكرة وجهين وليس يبعد فان البكرة كالتصل وليست كالدلو
فلا يدخل شيء منها في البيع جزماً وفي حجر الرحا فوقاني اذا كان الرحا مبنياً وجهان (أصحهما) عند
المصنف وشيخه أبي الطيب والرافعي وهو اختيار أبي اسحاق الدخول ومقابله قول ابن أبي هريرة
وهما مفرعان على قولنا ان التحتاني يدخل (اما ان قلنا) بعدم الدخول فيه ففي فوقاني أولى والاقيس عند
الامام أن لا يدخل واحد منها وفي مفتاح المعلق المثبت وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل كسائر المنقولات
وهو قول ابن أبي هريرة (وأصحهما) عند الرافعي وغيره ويحكي عن صاحب التلخيص وأبي اسحق
المروزي أنه يدخل لأنه من توابع المعلق المثبت قال صاحب الحاوي وهكذا كل ما كان متفصلاً

المغشوشة في التهمة أن أمرها يبنى على جواز التعامل بها ان جوزناها فهي مثلية والا متقومة لان
مالا يملك بالعقد لا يملك بالقبض عوضاً عن التلف *

قال ثم ان لم يسلم المثل بعد أن تلف المغصوب حتي فقد المثل * فقليل الواجب أقصى قيمة
المغصوب من وقت الغصب إلى التلف * وقيل أقصى قيمة المثل من وقت وجوبه إلى الاعواز *
وقيل من وقت الغصب إلى الاعواز * وقيل إلى وقت طلب الضمان ولو غرم القيمة ثم قدر على
المثل فلا يرد القيمة على الاظهر لتام الحكم بالبطل الحقيقى *

اذا غصب مثلياً وتلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتي فقد أخذت منه القيمة والمراد من
الفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه على ما تبين في انقطاع المسلم فيه وفي القيمة المعتمدة
عشرة أوجه (أحدها) أنها أقصى قيمة من يوم الغصب إلى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد
تلفه كما في المتقومات (وثانيها) أنها أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى الاعواز لان المثل هو

لا يمكن الانتفاع به الا مع متصل بالدار فيه وجهان ورتب القاضي حسين الوجهين في المفتاح على الوجهين في المتصل وأولى بعدم الدخول وفي الواح الدكاكين مثل هذين الوجهين لأنها أبواب لها وان كانت تنقل وترد وقيل تدخل وجهها واحداً لأنها كالجزء منها حكاه الروياني وهو المذكور في التتمة قال الرافعي والذي يقتضيه العرف الدخول وهذا ميل منه الى الطريقة التي حكاه الروياني وان لم يذكرها وجزم ابن خيران في اللطيف بعدم دخول شريحة الدكان ودراياتها الا ما كان من الدرايات مسعراً والبغوي صحيح الدخول كما اقتضاه كلام الرافعي ولو جعل في الدار مدبغة وفيها أجاجين مبنية فان قال بعتك هذه الدار ففي دخول الأجاجين خلاف مرتب على الخلاف المتقدم فيها حيث لا تكون الدار مدبغة فالدخول ههنا أولى وان قال بعتك هذه المدبغة دخلت الأجاجين قطعاً فان لفظ المدبغة والمصبغة متضمنين للأجاجين المبنية. فيها قال الامام ومراقى الخشب اذا أثبتت اثبات تخليد فهي على الاصح كمرقي الأجر والجص بخلاف السلايم وفي التتمة أن في أصل هذه المسائل الخلاف في تجويز الصلاة الى العصا المغروزة في سطح السكبة ان جوزنا فقد عددناها من البناء فتدخل والا فلا قال الرافعي وهذا يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة قال ابن الرفعة وفيه نظر لان مأخذ الدخول على هذا ما يشير اليه اللفظ فنزل ذلك منزلة التصريح والدخول ويدخل في بيع الدار التنوير وعبر الشيخ أبو حامد عن هذا التقسيم بعبارة أخرى فقال ما يكون في الدار على ثلاثة أضرب متصل ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل متعلق بالمتصل فالاول يدخل والثاني لا يدخل والثالث فيه وجهان كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح وذكر الروياني في توجيه القول بدخول الحجر الفوقاني القياس على الابواب مع أن الابواب قائمة في الدورات غير مغروزة فيها والقائل الآخر يفرق بأن الابواب البقاء محيطة بها وانما تثبت منفصلة ليمكن ردها وفتحها •

الواجب الا انه لما فقد تعذر الوصول اليه فينظر الى قيمته من وقت وجوبه الى التعذر ويطلق هذان الوجهان على أن الواجب عند اعواز المثل قيمة المفضوب لانه الذي تلف على المالك أو قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره وفيه وجهان لابي الطيب بن سلمة (ان قلنا) بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المفضوب (وان قلنا) بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المفضوب لان المثل حينئذ يجب الى وقت الانقطاع والاعواز ولفظ الكتاب في حكاية الوجه الاول أقصى قيمة المفضوب وفي حكاية الوجه الثاني أقصى قيمة المثل اشارة الى هذا (وثالثها) وهو الاصح أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب الى الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين المفضوب من حيث انه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين فاذا لم يفعل غرم أقصى

﴿ فرع ﴾ ذكر الامام أن هذا الخلاف المذكور في الاجاجين المثبتة والحجر الاسفل من الرحا والاسلايم المسمرة يجري في بيع الارض اذا قلنا انه يدخل في بيعها البناء والفراس •

﴿ فرع ﴾ تقدم الخلاف في دخول الرحا مرتباً ومن ذلك يأتي فيها ثلاثة أوجه وقال ابن الرفعة انها مفرعة على النص في أن البناء والفراس يدخلان في بيع الأرض (أما) إذا قلنا بعدم الدخول فلا يدخل واحد من الحجرين قولاً واحداً وهذا منه رحمه الله إنما يحسن إذا كان الكلام في دخول ذلك في الأرض ولم يجر لذلك ذكر وإنما كلامنا وحكاية الأصحاب لاوجه في ذلك في دخولها تحت اسم الدار وحينئذ فيتجه الخلاف مطلقاً لأن الأبنية تدرج في بيع الدار إلا على ما قاله الجوزي وذلك ضعيف جداً والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ الميزاب عده صاحب الحاوي مما يدخل فيجتمل أن يكون ملحفاً بالأبواب والضباب فيدخل جزماً ويحتمل أن يكون ملحفاً بالرفوف المتصلة فيجرى فيها الوجهان ويكون أطلق القول فيه على رأى المصنف في دخولها ويدخل الاختصاص التي على السطح قاله صاحب التتمة •

﴿ فرع ﴾ إذا كان في الدار بئر دخلت لبنها وأجرها قاله القاضي أبو الطيب وغيره ولا خلاف في ذلك ومن صرح بعدم الخلاف فيه صاحب العدة في البئر وسيأتي الكلام في الماء أو صهر يج دخل في البيع أيضاً لأنه من جملة بنائها فهو كالخزائن والسقوف ذكره صاحب الاستقصاء ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد وان قال بحقوقها لأن اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار قاله القاضي حسين •

قيمة من المدتين كما أن المقومات تضمن باقعى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر الى ما بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المعصوب المتقوم (ورابعا) أقصى القيم من الغصب الى وقت تغريم القيمة والمطالبة بها لان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى أن المعصوب منه لو صبر الى وجدان المثل ملك المطالبة به وإنما المصير الى القيمة عند تغريمها وهذه الالوجه الاربعه هي المذكورة في الكتاب (وخامسها) عن رواية الشيخ أبي محمد أنها أقضى القيم من وقت انقطاع المثل واعوازه الى وقت المطالبة بالقيمة لأن الاعواز وقت الحاجة الى العدول الى القيمة فيعتبر الاقصى من يومئذ (وسادسها) أنها أقصى القيم من وقت تلف المعصوب الى وقت المطالبة لان الضمان يومئذ يجب (وسابعها) أن الاعتبار بقيمة اليوم الذي تاف فيه المعصوب (وثامنها) أن الاعتبار بقيمة يوم الاعواز لانه وقت العدول الى القيمة ويحكي هذا عن اختبار أبي طلى الزجاجي والحناطى والماوردى وأبي خلف السلمى (وتاسعها) أن الاعتبار بقيمة يوم المطالبة لان الاعواز حينئذ يظهر ويتحقق وقد يتبدل لفظ المطالبة والتغريم

﴿ فرع ﴾ وأما حريم الدار فإن كانت في سكة غير نافذة دخل ولو كان في الحريم أشجار ففي دخولها الخلاف في دخول الأشجار في الدار وإن كانت في سكة نافذة أو في طريق الشارع لم يدخل الحريم قاله القاضي حسين وصاحب التهذيب والرافعي وغيرهم قال الرافعي بل لا حريم لمثل هذه الدار على ما سنذكر في إحياء الموات وقال المتولي إن الأشجار في الطريق النافذ لا تدخل إلا بالتنصيص وفي غير النافذ إن أطلق العقد لم تدخل وإن قال بمحقوقها دخلت لأن تلك البقعة وما فيها من جملة حقوق تلك البقعة وهذا يقتضي أن الحريم في السكة غير النافذة لا يدخل إلا بالتنصيص وما تقدم عن القاضي حسين والبعثي والرافعي أولى والله أعلم * وقال ابن خيران في اللطيف إن بئر المطر إذا كانت في ملكه خارج الدار لم تدخل في البيع ولا بالشرط وهذا يوافق ما تقدم عن التتمة قاله ابن الرفعة (قلت) قال في شرح الوسيط ثم يكتب بعده وهذا الذي ذكره ابن الرفعة صحيح وليس اعتراض على كلام الأصحاب فإن مقصودهم أنه حيث ثبت الحريم هل يدخل هو وأشجاره في بيع الدار أم لا ولا شك أن الحريم ثابت في السكة المنسدة إذا لم يكن فيها إلا تلك الدار وفي الصورة التي فرضها ابن الرفعة أيضاً والله أعلم * قال ابن الرفعة وحيث يدخل حريم الدار في بيع الدار ينبغي أن يدخل حريم القرية في بيع القرية *

﴿ فرع ﴾ إذا اتصل بالدار حجرة أو مساحة أو رجة قال الماوردي وابن أبي عصرون لم يدخل في البيع لخروج ذلك عن حدود الدار التي لا تمتاز الدار عن غيرها إلا بها ولا يصح العقد إلا بذكرها وهي أربعة حدود في الغالب فإن استوفى ذكرها صح البيع وإن ذكر حداً أو حدين لم يصح وإن

بالحكم والقيمة والمرجع بها إلى شيء واحد (وعاشرها) أنه إن كان منقطعاً في جميع البلاد فلا اعتبار بقيمة يوم الاعواز وإن فقد في تلك البقعة فلا اعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة نقله صاحب المهذب وفيما علق عن الشيخ أبي حامد أن المعتبر فيه يوم أخذ القيمة لا يوم المطالبة ولا يوم التلف فهذا وجه آخر إن كان ثابتاً ويجوز إعلام جميع الوجوه المذكورة في الكتاب - بالحاء - لأن البند ينبغي حكى عن أبي حنيفة الاعتبار بقيمة يوم المطالبة والقبض هذا لفظه - وبالألف - لأن مذهب أحمد كالوجه الثامن ولو غصب مثلاً فتناف والمثل مفقود فالقياس أن يجب على الوجه الأول والثالث أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف وعلى الثاني والسابع والثامن قيمة يوم التلف وإن يعود الرابع والسادس والتاسع بحالها وعلى الخامس أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم التفرغ وعلى العاشر إن كان مفقوداً في جميع البلاد وجب قيمة يوم التلف والقيمة يوم التفرغ ولو تلف مثلاً على إنسان من غير غصب وإثبات يد عليه وكان المثل موجوداً فلم يسلم حتى فقد فعلى الوجه الأول تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الثاني

ذكر ثلاثة فان كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل وان تميزت فالصحيح الصحة وفيه وجه أنه باطل (قلت) وفي اشتراط ذكر الحدود اذا كانت الدار معلومة نظر والذي ينبغي الصحة اذا ذكر ما يميزها ويمنعها من التباسها بغيرها وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها لاقتضاء العرف ذلك (وأما) اذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال الماوردي ومن حكى الخلاف في مسألة الحدود تبعاً للماوردي الشاشي في الحلية وقال ابن الرفعة ان الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة اذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت وحكى مع ذلك كلام الماوردي أيضاً والله أعلم بالصواب *

﴿ فرع ﴾ حكاه الماوردي أيضاً اذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يدخل كالجناح (والثاني) لا يدخل الا بالشرط كالحجرة والساحة (والثالث) وهو تخريج أبي الفياض ان كان كل واحد من طرفي الساباط مطروحا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل قال ابن أبي عمرون وهو أصحها وأطلق ابن خيران في اللطيف عدم دخول الساباط واذا باع دارا على بابها ظلة مثبتة على جدارها دخل في مطلق بيع الدار خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى قال صاحب العدة وقال لنا انها جزء من الدار واذا دخل لليزاب فيه فهذا أولى *

﴿ فرع ﴾ تقدم أن الاغاليق تدخل في المبيع والمفهوم ما كان مسمرا كالنصب المعهودة والدوار المسمى بالكيلون وتقدم أن اقفال الخزائن المنفصلة ومفاتيحها لا تدخل وذلك ظاهر لأن الخزائن

وعلى الثالث أقصى القيم من يوم الاتلاف الى الاعواز وعلى الرابع من يوم الاتلاف الى التفرير والقياس عود الوجوه الباقية ولو أتلفه والمثل مفقود فالقياس أن يقال على الوجه الاول والثاني والثالث والسابع والثامن تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الرابع والخامس والسادس أقصى القيم من يوم الاتلاف الى التفرير وعلى السابع قيمة يوم التفرير وعلى العاشر ان كان منقطعاً في جميع البلاد وجبت قيمة يوم الاتلاف والا فقيمة يوم التفرير والله أعلم * (ومنها) غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل ثم وجد المثل هل للمالك رد القيمة وطالب المثل فيه وجهان (أحدهما) نعم لأن حقه المثل وانما أخذت القيمة للعجز عنه واذا حصلت القدرة عدل اليه كما اذا غرم قيمة العبد الآبق ثم عاد (وأظهرهما) على ما ذكر صاحب الكتاب والقاضي الروياني المنع لان الامر قد انفصل ببذل المثل واذا تم الحكم بالبذل فلا عود الى المبدل كما لو صام المعسر في الكفارة المرتبة ثم أيسر وهذا معني قوله تمام الحكم بالبذل الحقيقي وأراد بتسميته حقيقياً أن القيمة بدل حقيقية عند اعواز المثل لالاتحاق المثل حينئذ بالمتقوم وفي غرامة العبد الآبق ليست القيمة بدلا حقيقية وانما هي مأخوذة لحصول الخلوقة بينه

المنفصلة لا تدخل فهي أولى أما الأقفال الحديد الممهودة على الأبواب المثبتة فلا تدخل لأنها منقولة كذلك يقتضيه كلام البغوي في التهذيب وغيره وأطلق ابن خيران في اللطيف وهو ظاهر لأن العرف لا يقتضي دخولها على الاطراد ﴿ تنبيه ﴾ يوجد في بعض المختصرات اطلاق القول بأن المفاح يدخل في بيع الدار (والصواب) ان ذلك محمول على مفتاح الغلق المثبت كالضبة والدوار كما نهت عليه (أما) مفتاح الغلق المنقول كالأقفال الحديد الذي ينتقل فهو تابع للتقل فلا يدخل على ما تقدم عن صاحب التهذيب وغيره قال ابن الرفعة انه لا خلاف في ذلك •

﴿ فرع ﴾ تقدم عن أبي الحسين الجوزي أنه اذا رهن أرضاً أو داراً ففي دخول البناء قولان ونهت هناك على غرابته وأنه على مسافة تقتضي جريان ذلك في البيع فان صح ذلك زال الحكم بتبعية أكثر ما ذكرناه لانه اذا لم يدخل البناء لا تدخل هذه الاشياء بطريق أولى لكن هذا بعيد جداً لا يشهد له عرف وأما اللغة ^(١) •

(١) كذا
بالأصل فخر

﴿ فرع ﴾ وأما الشجر ففي دخولها في بيع الدار الطرق الثلاث التي مرت في دخولها في بيع الأرض هكذا قال القاضي أبو الطيب والمحامي والمصنف وغيرهم من العراقيين والقاضي حسين والرافعي وكان يمكن أن يقال دخول الشجر هنا أولى من دخوله في بيع الأرض لان الدار اسم لجميع ما حواه بناؤه من بناء وشجر وكذلك الأرض وحكي الامام والفزالي الخلاف في المسألة ثلاثة أوجه (ثالثها) انه ان بلغت الأشجار مبلغها تجوز تسمية الدار بستاناً لها لم تدخل في اسم الدار والا دخلت مالا وهذا

وبين حقه وهو المثل فالاجود من الفرق أن يقال العين عين حقه المعصوب والمثل بدل حقه فلا يلزم من تمكينه من الرجوع الى عين حقه تمكينه من الرجوع الى بدل حقه •

قال ﴿ ولو أتلّف مثلياً فظفر به في غير ذلك المكان لم يلزمه الا القيمة • فاذا عاد الى ذلك المكان لزمه المثل وأخذ القيمة • ولو ظفر به في غير ذلك الزمان جاز طلب المثل لان رد الزمان غير ممكن فتعذر المثل الحقيقي • والمسلم اليه اذا انتقل لم يطالب • وفي مطالبته بالقيمة تردد من حيث انه اعتياض • فان منع فله الفسخ • وطلب رأس المال ﴾

مقصود الفصل أن المثل هل يؤخذ مثله مع اختلاف المكان والزمان أما المكان فاعلم أولاً أنه لو غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده وله أن يطالب بالقيمة في الحال للحيلولة ثم إذا رده الغاصب رد القيمة واسترده ولو تلف في البلد المنقول اليه طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطاب عليه برد العين في الموضعين فان فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة ولو أتلّف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد ثم ظفر المالك به في بلد آخر هل له مطالبته بالمثل الذي ذكره

أعدل الوجوه وهذا منها بناء على ما اختاراه أن الشجرة لا تدخل في بيع الأرض على الأصح عندها
والافتى قيل بالتبعية في الأرض ففي الدار أولى واقتضى كلام الامام في الواجهة المذكورة أن التفريع
على اتباع الاسم أى على أن البناء والشجر لا يدخل في بيع الأرض وما قاله يؤيد ما ذكرته من الاولوية
وهو متجه في المعنى الا أن كلام أكثر الاثمة من العراقيين وغيرهم فانه يمكن أن تكون الطرق
الجارية في استتباع الأرض للبناء والشجر جارية في استتباع الدار للشجر فعلى طريقة الاستتباع يدخل
الشجر ههنا وكذلك على القول بالاستتباع من طريقة طرد الخلاف (وأما) على طريقة تقدم الاستتباع
أو على القول الموافق لها من طريقة الخلاف فتجوز الأوجه الثلاثة التي ذكرها الامام في استتباع
الدار الشجر ومنشأها التردد في أن اسم الدار يشملها لا أنها تدخل تابعة فان التفريع على خلافه وليس
في ذلك الا زيادة على ما نقلوه وتفصيل لما أطلقوه وهو حسن وكيفما قدر فالاصح من المذهب الدخول
على غير طريقة الامام والنزالي والله أعلم • وقد وقع في التعبير عن الوجه الثالث تفاوت لطيف فعبارة
الامام ما قدمتها وكذلك النزالي في البسيط وقال في الوسيط ان كان بحيث يمكن تسمية ذلك دون
الدار بستانا لم يندرج والا فيندرج وأولها ابن الرفعة على أن الشجر يسمى دون الدار بستانا وتكون
الدار داخلية تحت اسمه وحينئذ يوافق عبارة الامام والله أعلم •

(فرع) الباب إذا كان مغلوقا لا يدخل في بيع الدار والأرض الا بالشرط وكذلك ما استهدم
من البناء والخشب والآجر وغيره قاله ابن خيران في اللطيف وقد تقدم بعض ذلك عن غيره أيضا •

الأكثر أن إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدراهم والدنانير فله المطالبة بالمثل وان كان لنقله مؤنة لم يكن
له طلب المثل ولا للعارم تكليفه قبول المثل لما يلزم فيه من المؤنة والضرر والمالك أن يغرمه قيمة
بلد التلف فان تراضيا على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل وعلى هذا تنزيل جوابه في الكتاب
وان أطلقه إطلاقا وحكى الامام وراءه وجهين (أحدهما) عن شيخه أبي محمد أنه يطالبه بالمثل وان لزم
المؤنة وزادت القيمة كما لو تلف مثليا في وقت الرخص له طلب المثل في وقت الغلاء (والثاني) عن رواية
الشيخ أبي على أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف أو أقل طالب به بالمثل والا فلا وذكر
أبو عاصم العبادي مثل هذا واذا حكمنا بالمنع وأخذ القيمة ثم اجتمع في بلد التلف هل للمالك رد القيمة
وطالب المثل وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل فيه الوجهان فيما إذا غرم القيمة لاعواز المثل
والذي أورده صاحب الكتاب منها أن عليه المثل وأخذ القيمة مع أنه جعل الأظهر في مسألة الاعواز
المنع وهذا لوجه له بل الخلاف في المسألتين واحد باتفاق الناقضين فما أن يختار فيهما النفي أو الاثبات ولو
نقل المعصوب للمثلي إلى بلد آخر فتلف هناك أو أتلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالثة وقالنا انه لا يطالب

﴿ فرع ﴾ باع سفينة قال الماوردي يدخل في البيع ما كان من البناء متصلا وفي دخول ما لا يستغنى عنه من آلتها المنفصلة وجهان يعني المتقدمين عن أبي اسحق وابن أبي هريرة *

﴿ فرع ﴾ تقدم الكلام في حجرة الرحا ودخولها تحت اسم الدار (وأما) لو قال بعثك هذه الطاحونة قال الامام فالحجر الاسفل يدخل لا محالة وفي دخول الحجر الاعلى خلاف (والاظهر) دخوله لان تعرضه باسمها للطحن والطحن لا يقع إلا بالحجر فهذا هو الذي لا يتجه غيره ولأجل هذا الكلام من الامام قال الفزالي في الوسيط انه لا خلاف في اندراجها تحت اسم الطاحونة أي لا خلاف به احتفال وفي البسيط صرح بالخلاف كما ذكر الامام *

﴿ فرع ﴾ إذا قال بعثك هذا الخانوت قال صاحب الاستقصاء قال الصيمري دخل في بيعها الدر وندو العالج ولا يدخل في بيعها الدرايات لانها منفصلة عنها فهي كلفوف التي لم تسمر قال يعني الصيمري (وأما) الشرائح فقد قيل تدخل في البيع وقيل لا تدخل (والصحيح) أنها ان كانت كالبني دخلت والا لم تدخل قال وما سوى ذلك فان كان غير منصرب لم يدخل وان كان منصوبا فقد قيل يدخل كالباب المنصوب وقيل لا يدخل كلفوف التي لم تسمر (قلت) وقد تقدم حكاية الوجهين في الدرايب (وأما) المتصل بالحائط من الخشبة فانه يدخل في البيع أيضا لاتصاله جزم به الماوردي *

﴿ فروع ﴾ جرت عادة الاصحاب بذكرها في هذا الباب • لو باع العبد وفي أذنه حلق أو في أصبعه خاتم أو في رجله حذاء لم يدخل في البيع لان ذلك ليس من أجزاء العبد وهل تدخل

بالمثل في غير موضع التلف فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة (وأما) إذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل وان زادت القيمة وليس له إلا ذلك وان نقصت القيمة والفرق بينه وبين المكان (إذا قلنا) لا يطالب بالمثل في غير ذلك المكان أن العود إلى المكان الأول يمكن فجاز انتظاره ورد الزمان الأول غير ممكن فقنعنا بصورة المثل وان لم يكن ذلك مثلا حقيقة لأن التساوي في القيمة معتبر في المثليين والازمان أثر ظاهر في تفاوتهما لكن يتوجه على هذا أن يقال نعم رد الزمان الأول غير ممكن لكن انتظار الزمن الذي تكون القيمة فيه كالقيمة وقت الاتفاق ممكن فهلا قنع بقيمة يوم الاتفاق وانتظر المثل اليه وهذا كله فيما إذا لم يخرج المثل باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية (أما) إذا خرج كما إذا تلف عليه الماء في مفازة ثم اجتمعا على شط نهر أو بلد أو أناف عليه الجمد في الصيف واجتمعا في الشتاء فليس للمتلف بذل المثل بل عليه قيمة المثل في تلك المفازة وفي الصيف وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا في مثل تلك المفازة وفي الصيف هل يثبت التراد فيه الوجهان السابقان (وأما) قوله في الكتاب والمسلم إليه إلى آخره فقد ذكرنا المسألة بما فيها في السلم *

ثيابه التي عليه في البيع فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو الذي نسبته الماوردي الى جميع الفقهاء لا لانه لا يدخل شيء من ذلك إلا بالتسمية • قل الروياني ولكن العادة جارية بالعنوة عنها فيما بين التجار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة يدخل ذلك في مطلق البيع للعادة (والثالث) يدخل قدر ما يستر العورة للضرورة كنعيل الدابة وان باع دابة وعليها سرج ولجام لم يدخل ذلك في البيع وجها واحداً قاله في الاستقصاء ولا يدخل في بيعها المقود والحبل قاله الروياني وحكى عن بعض الناس أنه يدخل في بيعها المقود والحبل قال الماوردي وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما تستر به العورة ويدخل في بيع الدابة النعل المسمرة في أرجلها لأنها كملتصلة بخلاف القرط في الاذن حيث لم يدخل لان النعل يستدام والقرط لا يستدام قاله الماوردي وان باع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع ثم ينظر فان كانت اللؤلؤة أو الجوهرة فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة والا فهي ملك الصياد كما يملك من ما يأخذه من المعدة فان السمكة قد تمر بمعادن اللؤلؤ والجوهر وربما ابتلعت شيئاً منه قاله الماوردي • وان باع طيراً فوجد في جوفه جراداً أو سمكة قال الماوردي دخل في البيع لانه من أغذيته قل في الاستقصاء فهو كالحب في بطن الشاة قال الماوردي ولو وجد في جوفها حمماً لم يدخل في البيع وان ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة جزم الماوردي بالدخول لان السمك قد يتغذى بالسمك وحكى صاحب الاستقصاء أربعة أوجه (أحدها) هذا (والثاني) لا يدخل بل هو على ملك البائع (والثالث) ان كان صغيراً دخل وان كان كبيراً لم يدخل قال في

قال ﴿ ولو أتلّف آنية من نقرة يلزمه المثل • وما زاد بالصنعة يقوم بغير جنس الأصل حذراً من الربا • وقيل لا يبالى به فانه ليس ببيع ﴾ •

الذهب والفضة إما أن يكونا مضروبين فقد ذكرنا أنهما مثليان أو لا يكونا مضروبين وكل واحد منهما إما أن تكون فيه صنعة كالخلى أو لا تكون كالقبر (أما الأول) فاذا أتلّف حلياً وزنه عشرة وقيمته عشرون فقد نقل أصحابنا العراقيون وجهين فيما يلزمه (أحدهما) أنه يضمن العين بوزنها من جنسها والصنعة بقيمتها من غير جنسها سواء كان ذلك نقد البلد أو لم يكن لأننا لو ضمننا الكل بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا (وأصحها) عندهم أنه يضمن الجميع بنقد البلد وان كان من جنسه ولا يلزم الربا فانه إنما جرى في العقود لافى الغرامات ولو كان هذا ربا لكان الوجه الاول أيضاً ربا فانه كما لا يقابل دينار بدينارين لا يقابل دينار بدينار ودرهم وفيه وجهان آخران (أحدهما) أن العين تضمن بوزنها من جنسها والصنعة بنقد البلد كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر الخلى يضمن بنقد البلد سواء كان من جنس الخلى أو غير جنسه وهذا محكى في النهاية مع الأولين (والثاني) أنه يضمن الكل بغير

الاستقصاء قال الصيمري (والصحيح) أن يقال إن كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل في بيعه كما يدخل في بيع الطير الذي يأكل الحيتان وإن كان مما لا يأكل الحيتان لم يدخل قال الماوردي قال الشافعي ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر قال الماوردي وهذا صحيح لكن بعد الغسل لتنجسها بما في جوف الطائر ولو كان مأخوذاً من جوف الحوت لم يجب غسله لأن ما في جوف الحوت ليس بنجس وما في جوف الطائر نجس (قلت) وما في جوف السمك وجهان (أظهرهما) عند الرافعي النجاسة فعلى هذا يجب الغسل فيهما وإن باع دجاجة وفي جوفها بيض دخل في البيع لأنه من ماء الأصل فهو كالحمل قاله صاحب الاستقصاء *

(فرع) في مذاهب العلماء حكى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال حقوق الدار الخارجة منها لا تدخل في بيع الدار وإن كان متصلاً بها وبهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها خارج منها احتراز من قوله وحكى عن زفر بنه الله أنه قال إذا كان في الدار آلة وقاش دخل في البيع ولهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها ومنها احتراز من قوله قال ذلك صاحب الحاوي ورد صاحب الحاوي على زفر بأنه لو دخل ذلك لدخل ما في الدار من عبيد واماء وما أشبه ذلك وطعام وما أحد قال هذا * قال الماوردي حكى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن جميع ما على العبد والأمة من ثياب وحلى يدخل في البيع لأنه في يده *

جنسه تحمراً من التفاضل ومن اختلاف الجنس في أحد الطرفين ويروى هذا عن أبي حنيفة وأحسن ترتيب في المسألة ما ذكره في التهذيب وهو أن صنعة الحلي متقومة وفي وزنه الاختلاف الذي سبق في التبر والسبيكة (إن قلنا) أنه مثلي فوجهان (أحدهما) أنه يضمن الشكل بغير جنسه كيلاً يلزم الربا (وأصحهما) أنه يضمن الوزن بالمثل والصنعة بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه (وإن قلنا) أنه متقوم فيعتبر الشكل بنقد البلد كيف كان وينبغي أن يجيء على هذا وجه التضمن بغير الجنس إذا كان نقد البلد من الجنس لأن معنى الربا لا يختلف ولو أتت آية من ذهب أو فضة فتبني على أن اتخاذاها هل هو جائز (إن قلنا) نعم فهو كما لو أتت حلياً (وإن قلنا) لا فهو كاتلاف مالا صنعة فيه كالنبر والسبيكة فينبني على الخلاف في أنه مثلي أو متقوم (إن قلنا) بالاول ضمن مثله (وإن قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) أنه يضمن قيمته بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه كسائر المتقومات (والثاني) أن الجواب كذلك إلا إذا كان نقد البلد من جنسه وكانت القيمة تزيد على الوزن فيمنع يقوم بغير الجنس ويضمن به وهذا ما اختاره العراقيون ههنا فارقين بين ما فيه صنعة وبينه بأن الزيادة ثم تقع في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا وههنا لا قيمة للصنعة

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿: وأما الماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق الماء غير مملوك لأنه لو كان مملوكاً لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه لأنه اتلاف عين فلا يستحق بالاجارة كثرة النخل والواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعداً كل ثمرة فعلية هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو علي ابن أبي هريرة هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرمة لأنه من نساء الأرض فكان لمالك الأرض كالحشيش فإذا باع الدار فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينسخ البيع ﴾ •

فيلزمه الربا لكن لصاحب الوجه الأول أن يقول لو كان الربا من الغرامات لاستوى المصنوع وغيره كما لو قابل حلياً بتبر لا يجوز للفضل (وقوله) في الكتاب ولو أتلف آنية التصوير في الآنية مفرع على جواز اتخاذها كما ينزه (وقوله) ويلزمه المثل مثل وزن الآنية والحلي التبر لا الدرهم والدنانير المضروبة (قوله) لا نبالي به أي أنه بتقويم الصنعة بمجنس الأصل وتفريعها رد وذلك مما يترك فيه وجه تقويم الكل بنقد البلد إذا كان نقد البلد من جنسه ووجه تقويم الأصل بالمثل والصنعة بنقد البلد إذا كان من جنسه ويجوز اعلامه - بالحاء - وكذا اعلام قوله يلزمه المثل لما مر من الرواية عند قوله فانه ليس يبيع يعني أنه غرامة متلف ومحل الربا إنما هو البيوع والمعاقبات •

قال ﴿: ولو اتخذ من الرطب تمرأً وقلنا لا مثل للرطب وللمر مثل • أو من الحنطة دقيقاً فالأولى أن يتخير المالك بين المطالبة بقيمة الرطب والدقيق أو مثل التمر والحنطة • كما لو اتخذ من السمسم الشيرج فيطالب ان شاء بالسمسم أو بالشيرج • ولو عدم المثل الا بالاكتر من ثمن المثل لم يلزمه الشراء على الأظهر ﴾ •

في الفصل مسألتان (الأولى) إذا تغير المصوب في يد الغاصب من حال الى حال ثم تلف عنده فاما أن يكون متقوماً في الحالة الأولى مثلياً في الثانية أو بالعكس أو مثلياً فيهما أو متقوماً فيهما (أما) القسم الأول فكما إذا غصب رطباً وقلنا انه متقوم فصار تمرأً ثم تلف عنده ففيه وجهان (أحدهما) وبه أجاب العراقيون أنه يضمن مثل التمر لانه لا يمكن الجمع بين المثل والقيمة ولا بد من إيجاب أحدهما والمثل أقرب الى التالف فيكون إيجابه أولى (وأشبههما) وهو المذكور في التهذيب أنه ان كان الرطب أكثر قيمة فعليه قيمته كيلا تضيع الزيادة عليه وان كان التمر أكثر قيمة أو استويا فعليه المثل واختيار

(الشرح) قد تقدم أن بناء البئر والصهر يج يدخلان في بيع الدار فالما الماء الذي في البئر فيحتاج الى مقدمة وهي أن أصحابنا اختلفوا في أن الماء الذي في البئر هل يملك أولاً على وجهين (أحدهما) وبه قال أبو اسحق المروزي وهو اختيار الشيخ أبي حامد على ما حكاه صاحب البيان أن الماء غير مملوك لأنه يجري تحت الأرض ويحى الى ملكه فهو بمنزلة الماء الذي يجري في النهر الى ملكه فإنه لا يملك بذلك هكذا قال القاضي أبو الطيب ولما ذكره المصنف أيضاً وقياسه على تمر الدخل يعني اذا استأجر الأرض يعني فلما جاز المستأجر شر به وجاز ردها بالعين بعد شر به دل ذلك على أنه مباح غير مملوك وإنما منع منه قبل الاجارة لأنه لا يجوز له الدخول الى ملك غيره بغير حق فلو أن داخلا دخل واخذ ملكه واستدل أيضاً بأنه اذا اشترى داراً واستقى من بئرها ثم وجد بها عيباً كان له ردها (والثاني) وهو اختيار أبي علي ابن أبي هريرة انه يملك ما ينبع في أرضه من عين أو بئر لأنه نماء ملكه كلبن الشاة والبقرة والحشيش النابت ونقل هذا عن نصة في

صاحب الكتاب أنه يتخير بين أن يأخذ مثل التمر أو قيمة الرطب لأنه ألتف عليه ماله وهو مثلي ورد ماله وهو متقوم فيطالب بموجب ما شاء من الحالين (وأما) القسم الثاني فهو كما لو غصب حنطة وطحنها وتلف الدقيق عنده أو جعله خبثاً أو أكله وقتلنا لا مثل للدقيق والخبز أو غصب تمرأ واتخذ منه الخل بالماء فعلى جواب العراقيين يضمن المثل وهو الحنطة والتمر وعلى ما أورده في التهذيب ان كان المتقوم أكثر قيمة غرمها والا غرم المثل وعن القاضي الحسين أنه يفرم أقصى القيم وليس للمالك مطالبة بالمثل لأن التلف حصل وهو متقوم وعلى هذا فاذا قيل من غصب حنطة في الفلاء وبقيت عنده الى التلف وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل أو القيمة لم يصح اطلاق الجواب بالمثل ولا القيمة بل الصواب أن ينصل فيقال ان تلفت وهي حنطة غرمه المثل وان صارت الى حالة التقويم ثم تلفت فاقيمة ويقال كأن القاضي قد لقن المسألة الرئيس أبا علي المنيعي ليغلط بها فقهاء مرو فغلط من أطاق الجواب منهم (وأما) الثالث فكما لو غصب سمسم واتخذ منه شيرجا ثم تلف عنده ونقل العراقيون وصاحب الكتاب أن المالك بالخيار فيغرمه ما شاء منهما وفي التهذيب أنه إن كان أحدهما أكثر قيمة غرم مثله والا تخير المالك وأخذ ما شاء منهما وظاهره يقتضى إثبات خلاف في التخير إذا كان أحدهما أكثر قيمة (وأما) الرابع فحكمه بين وهو وجوب أقصى القيم في الحالين (المسألة الثانية) إذا لزمه المثل فعليه تحصيله ان وجدته بضمن المثل وإذا لم يجده إلا بما فوقه فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه تحصيله لأن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم بدليل الماء في الطهارة والرقبة في الكفارة (والثاني) يلزمه لأن المثل كالعين ورد العين واجب وان لزم في مؤنته اضعاف قيمته وهذا أظهر الوجهين عند صاحب

القديم وعن كتاب حرمله وإنما جاز للمستأجر استعماله لأنه كلما ذون له بالعرف ولم يجب على المشتري غرمه لأن حكمه موضوع على التوسعة ومحل الوجهين فيها إذا كان البئر مملوكة أما إذا قصد بحفرها الاستقاء ولم يقصد التملك فالقاء المجتمع فيها لا يكون ملكاً بالاتفاق للأصحاب • إذا علم ذلك (فان قلنا) انه لا يملك لم يدخل في بيع الدار وكل من استقاه وحازه ملكه (وإن قلنا) انه مملوك لم يدخل الموجود منه في البيع لأنه ظاهر كالثمرة الظاهرة وما ظهر بعد العقد يكون المشتري لأنه حدث في ملكه فعلى هذا لا يصح بيع البئر أو الدار التي فيها البئر على أن الماء الموجود عند العقد للمشتري لأنه لو لم يشترط كان باقياً على ملك البائع فيختلط بالماء الذي يحدث بعد العقد على ملك المشتري فيكون العقد باطلاً من أصله وهو يشبه ما إذا باع شجرة وعليها حمل ثمرة مؤبرة ويعلم أنه يحدث حمل آخر ويتلاحق بالأول قبل إمكان قطع الأول وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى ونقل الامام وغيره أن من أصحابنا من اتبع الماء البئر وجعله كالثمرة غير المؤبرة وهذا الوجه غريب جداً ومع غرابته صححه ابن أبي عصرون في الاستقصاء وقال انه الاصح وأنه يدخل في بيع الدار وإن جهل المقدار منه كما يدخل الحمل تبعاً وجزم به في المرشد وهذا وإن كان خلاف المشهور فالهرق يقتضيه فليخلص من هذا أن البيع على المشهور إذا أطلق في البئر والدار التي فيها لا يستتبع الماء لأنه باطل على قول ابن أبي هريرة

التهذيب والقاضي الروياني والأول أظهر عند آخرين ومنهم صاحب الكتاب وفرقوا بين المثل والعين بأنه تعدي في العين دون المثل فلا يأخذ المثل حكم العين هذا ما يتعلق بقسم المثلى •
 قل • أما المنقومات إذا تلفت تضمن بأقصى قيمتها من وقت الغصب إلى التالف • فإن أبق العبد ضمن (ح) في الحل لاجلولة • فإذا عاد ردت القيمة (ح) وسلم العبد • والغاصب حبس العبد إلى أن ترد القيمة عليه •

القسم الثاني من الأموال المنقومة فإذا غصبه وتلف عنده لزمه أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التالف لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فإذا لم يرد ضمن بدله وإنما تجب القيمة من نقد الباد الذي حصل فيه التالف وتفاوت القيمة قد يكون لزيادة وتقصان في المغصوب كما إذا كان العبد كاتباً فنسى الكتابة وقد يكون لمحض ارتفاع الأسواق وانخفاضها فلو كانت قيمته مائة فبلغت مائتين ثم عادت بتراجع الأسواق إلى مائة وخمسين ثم هلك لزمه مائتان ولا عبرة باتفاق السوق بعد التلف ولو تكرر ارتفاع السوق وانخفاضها لم يضمن كل زيادة وإنما يضمن الأكثر ولو أتلف متقوماً من غير غصب لزمه قيمته يوم الاتلاف فإن حصل التلف بتدريج وسراية واختلفت القيمة في تلك المدة كما إذا جنى على بهيمة قيمة مثلاً يومئذ مائة ثم هلكمت وقيمة المثل خمسون قال

والباطل لا يستتبع وصحيح على قول أبي إسحق لكن الماء غير مملوك فلا يدخل في البيع فإذا شرط دخوله على قول ابن أبي هريرة كان ذلك بالشرط لا بالتبعية هذا ما ذكره العراقيون وقطعوا به قال الإمام وأسف أرى قياساً ولا توقيفاً يخالف ما ذكره ولكن العادة عامة في المسامحة به فإن تناقضت^(١) ناظر عن هذا فكذلك والإمام لم يخالفهم في الحكم كما ترى وقد تقدم الوجه الذي نقله هو في غير هذا الموضع ذكره في باب بيع الكلاب ولا يجوز بيع ماء البئر وحده باتفاق قال الإمام والماء الجاري أولى بالفساد (فإن قلت) كيف صح اشتراطه وهو لو باع ماء البئر وحده لم يصح أما على قول أبي إسحق فظاهر وأما على القول الآخر فلأنه لا يمكن تسليمه كما في مسألة الثمار ولا يجوز أن يبيعه جملة الماء الموجود والذي سيحدث لأنه مجهول معدوم وكذلك جزم القاضي أبو الطيب وغيره هنا بأنه لا يجوز بيع ماء البئر (قلت) صحيح أن بيع ماء البئر وحده لا يجوز جزماً للعلة المذكورة وهي منتفية فيما إذا باعه مع البئر أو الدار لأن الحادث حينئذ يكون على ملك المشتري فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره فقد أمنا من الفساد ويصح بيع البئر وما فيها من الماء كما قلنا في الدار وقد اعترض زين الدين الحلبي شيخ صاحب الوافي على المصنف في قوله أنه إذا لم يشترط اختلاط ماء البائع بماء المشتري فيفسخ البيع بأن الماء الظاهر ليس يمنع فاختلاطه بماء المشتري لا يوجب

(١) كذا
بالأصل خور

القفال يلزمه مائة لأنها إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية فلأن نعتبرها في نفس الاتلاف كان أولى وليعلم قوله في الكتاب فأقصى قيمتها - بالحاء والألف - أما الحاء فلأن أبا حنيفة يعتبر قيمة يوم الغصب بناء على أن الزوائد غير مضمونه (وأما) الألف فلأن أحمد يعتبر قيمة يوم التلف إذا كان التفاوت لاضطراب الأسواق ولو لم يهلك العبد المصوب لكنه أبق أو عيبه الغاصب أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب فللمالك أن يضمه القيمة في الجال لحصول الحيولة ولزوم الضرر والاعتبار بأقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم المطالبة وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة لأن قيمة الحيولة ليست حقاً ثابتاً في النعمة حتى يجبر على قبوله والبراء عنه بل لو أبرأه المالك منها لم ينفذ وعن بعض الأصحاب تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة ثم القيمة المأخوذة يملكها المالك كما يملك عند التلف وينفذ تصرفه فيها ولا يملك الغاصب المصوب كما لا يملك نصف العبد إذا قطع إحدى يديه وغرم فإذا ظفر بالمصوب فللمالك استرداده ورد القيمة والغاصب رده واسترداد القيمة وهل له حبس المصوب إلى أن يسترد القيمة ذكر في الكتاب أن له ذلك وهذا حكاه القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن لكن تقدم في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري وبيننا أن الظاهر المنع ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه والمنع هو اختيار الإمام في الصورتين وإذا

الفسخ وأجاب صاحب الوافي بأن الماء المجتمع حالة العقد في الأرض وهو غير ظاهر تابع للأرض يدخل في العقد فيكون مبيعاً فإذا اختلط بماء البائع فينفسخ العقد في قدر ذلك الماء المبيع لاختلاطه قبل القبض بما لا يتميز منه فكان كالتالف قبل القبض وإذا تعذر القبض في أحد العينين المبيعين هل يكون كالتعذر في الأخرى حتى يبطل في الجميع فيه خلاف ذكرناه في كتاب البيوع اهـ ما أجاب به وأنا أقول ان اختلاط المائين في هذه المسألة كاختلاط الثمرة الحادثة بالموجودة فيما إذا كان المبيع هو الشجرة وسيأتي في آخر كلام المصنف أن الأكثرين على أنها على القولين في اختلاط الثمار المبيعة بغيرها (والصحيح) عند المصنف من القولين المذكورين الانفساخ وإذا ثبت هناك أن اختلاط الثمرة حيث تكون الشجرة مبيعة كاختلاط الثمرة حيث تكون نفسها مبيعة والثمره هناك إذا علم تلاحقها لا يصح البيع من أصله كما سيأتي فحيث تكون الشجرة مبيعة وعليها ثمرة مؤبرة يعلم تلاحقها بغيرها ينبغى أن يكون كذلك ويبطل البيع من أصله وكذلك مسألة الماء في مسألتنا هذه فصح قول المصنف بالانفساخ وليس معناه أن العقد ينقضي ثم يفسخ بعد ذلك بالاختلاط ولكن هذا تعليل لبطلان العقد من أصله لأنه إذا علمنا أن العقد لو انعقد طرأ عليه ما يفسخه حكمنا ببطلانه من أصله لعدم الفائدة فيه وهذا التصوير صحيح على رأي المصنف وغيره من الأصحاب فإن الصحيح عنده وعند الأصحاب

كانت الدراهم المبذولة باقية بعينها في يد المالك فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثاها أم لا وإذا اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع ليصير المصوب للغاصب (وقوله) في الكتاب ورد القيمة معلوم بالحاء - لأن عنده تملك العبد بالضمان فلا رد ولا استرداد وساعدنا في المدبر وفيما إذا اختلفا في القيمة وغرمناه ما اعترف به ثم تبين عند الظفر بالمصوب أنها كانت أكثر واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالتقومات وإن أورده في هذا القسم بل ضمان الخيار ثابت في كل مصوب خرج من يد المالك وتعذر رده •

(فرع) قد مر أن منافع المصوب مضمونة فم كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة يضمن فيه ثلاثة أوجه حكاهما القاضي أبو سعد بن يوسف (أضعفها) إنها بالأكثر في جميع المدة (وأظهرها) أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثاها (والثالث) أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل وإن كانت أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة لأنه لو كان المال في يده فربما يلزمه بها في جميع المدة •

قال (وإن تنازعا في تلف المصوب فالقول قول الغاصب (و) لأنه ربما يعجز عن البينة وهو صادق • فإن حلف جاز طلب القيمة وإن كان العين باقية بزعم الطالب للمعجز بالحلف • وكذلك

فما اذا كان اختلاط الثمار معلوماً ببطلان البيع وإنما اختلف التصحيح فيما اذا كان الاختلاط نادراً ثم وقع وأما ما أجاب به صاحب الوائى فلا يتجه لان الصحيح عند المصنف وغيره أن تلف بعض المعقود عليه قبل القبض لا يوجب البطلان في الباقي وإذا كان الصحيح عدم البطلان فكيف يخرج عليه كلام المصنف هذا الذى جزم فيه بالانفساخ هذا فيما هو جزء كأحد المعنيين أما الماء الموجود الكائن في الارض عند البيع فقد يقال إنه ليس بمنزلة الجزء بل هو وصف متعذرة أو يبلغه قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار ولا يقتضى البطلان جزماً والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ وأما العيون المستنبعة والأودية والعيون في تلك مائها أيضاً وجهان وقرارها مملوك ولا يجوز بيع مائها لما تقدم بلا خلاف لاختلاط المبيع بغير المبيع ويجوز بيع قرار العين أو سهم منها ويكون لمشتري ذلك حق في الماء لثبوت يده على الأصل قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ولا يجوز أن يبيعه سهماً من الماء وكذلك لا يصح أن يقول بعتك يوماً أوليلة أو كذا وكذا يوماً من الماء لأن الزمان لا يصح بيعه والماء الذى في العيون والآبار لا يصح بيعه قاله صاحب البيان ولو باع العين قال الأصحاب والحيلة فيمن أراد أن يشتري ماء العين أو سهماً منه أن يشتري العين أو سهماً منها فيكون ما يحدث من الماء على ملكه على قول ابن أبى هريرة ويكون أحق به على قول أبى اسحق قال صاحب البيان هكذا ذكر أصحابنا

إذا تنازع في القيمة أو في صفقة العبد (و) أو في عيب (ز) يؤثر في القيمة فالقول قول الغاصب لان الأصل براءة الذمة * وكذلك إذا تنازعا في الثوث الذى على العبد لان العبد وثوبه في يد الغاصب *

المقصود من بقية الباب الكلام في تنازع المالك والغاصب وذلك يقع على أنحاء (منها) إذا ادعى الغاصب تلف المصوب وأنكر المالك فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه لانه قد يعجز عن البينة وهو صادق فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه ولما وجد عنه مخرجا وفيه وجه أن القول قول المالك مع اليمين لأن الأصل بقاءه (وإذا قلنا) بالأول فلو حلف الغاصب هل للمالك تغريمه القيمة أو المثل فيه وجهان (أحدهما) لا لبقاء العين في زعمه (وأصحهما) نعم وهو المذكور في الكتاب لأنه عجز عن الوصول إليها بيمين الغاصب وإن كانت باقية (ومنها) إذا اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة وينبغي أن يشهد الشهود بأن قيمته كذا أما إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات فعن صاحب التقريب حكاية قول أنها تقبل ويقوم وينزل على أقل الدرجات (والمذهب) المنع لان الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة لتفاوتهم في الملاحظة وما لا يدخل تحت الوصف قال الامام لكن المالك يستفيد باقامة البينة على الاوصاف ابطال دعوى الغاصب

وعلى قياس ما ذكرنا في بيع الدار التي فيها بئر ما إذا اشترى العين أو سهماً منها (إذا قلنا) الماء مملوك فيشترط أن يشترى مع العين الماء الظاهر وقت البيع لئلا يختلط ماء المشتري بماء البائع فينسخ البيع ويشترط رؤية الماء وقت البيع ولا تكفي الرؤية المتقدمة لأنها رؤية الماء الحادث وقت الرؤية لا لما يحدث بعده قال الحاملي ولو باع العين والماء الذي فيها لم يجز لأنه بيع معلوم ومجهول هكذا قال وفيه نظر لأنه إن كان مراده الماء الحاصل فيها فهو كبيع البئر ومائها وقد تقدم أنه جائز وإن كان مراده الذي يحدث بعد البيع فيمكن أن يسلم له الحكم بالبطلان لكن بغير العلة التي ذكرها بل لأنه بيع موجود ومعدوم ويمكن أن يقال إن ذلك يصح لأنه بيان لمقتضى العقد إذا كان الحادث تابعاً وإن أراد الماء الموجود وإن ذلك فيما إذا لم يعلم مقداره فمثله يجري في ماء البئر وشروط صحة البيع في الباين العلم والله أعلم • ولو باع مائة منا من الماء الذي في البئر وقلنا الماء مملوك ففي صحة البيع وجهان مبنيان في النهاية على ما إذا رأى المودجا من لبن الضرع^(١) لأن بعضه مرئي وبعضه غير مرئي يشترط أن يكون المقدار المبيع من ماء البئر يعتد التزايد فيه كما في لبن الضرع ولو باع مائة منا من ماء نهر كان ممنوعاً وجهاً واحداً ولو باع من النهر من غير تعرض للماء صح والقول في الماء كما تقدم في البئر وإن باع النهر مع مائه الجاري فيه وقلنا الماء غير مملوك فقد جمع بين مملوك وغير مملوك مجهول وإن قلنا مملوك فقد جمع بين مجهول ومعلوم والأصح في مثله يطلان البيع في الجميع •

(١) يياض
بالاصل فخر

مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ثم قومه بشيء حقير لا يليق بها لا يلتفت إليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن تكون قيمة لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك قيمته ألف وقال الغاصب خمسمائة وجاء المالك ببينة على أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير (منهم) من قال لا تسمع البينة هكذا (والأكثر) سمعوها وقالوا فائدة السماع إن يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة إلى حداً تقطع البينة بالزيادة عليه ولو قال المالك لأدرى كم قيمته لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين وكذا لو قال الغاصب أعلم أنه دون ما ذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين فاذا بين حلف عليه (ومنها) لو قال المالك كان العبد كاتباً أو محترفاً وأنكر الغاصب فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدمه وبراءة ذمته وحكي العراقيون من أصحابنا وجهاً أن القول قول المالك لأنه أعرف بحال مملوكه ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك نظر إن ادعى عيباً حادثاً بان قال كان أقطع أو سارقاً ففي المصدق منهما قولان (أحدهما) الغاصب لأن الأصل براءة ذمته (وأصحهما) المالك لأن الأصل والغالب دوام السلامة ولو ادعى عيباً في أصل الخلقة بان قال كان أمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب لأن الأصل عدمه والمالك متمكن من إثباته بالبينة وفيه وجهان آخران (أحدهما) تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة (والثاني) الفرق بين

﴿ فرع ﴾ عن الامام لو كان في الأرض المبيعة نهر فالسكلام في مائه كالسكلام في ماء البئر قال ابن الرقعة ولعل محله إذا كان واقفاً فيه دون ما إذا كان جارياً فليتنامل (قلت) ويتمين محله على ذلك لما تقدم أن الجاري لا يجوز بيعه جزماً •

﴿ فرع ﴾ وأما الماء الذي يؤخذ من مطر أو نهر أو غيرها ويجعل في صهر يج قال في الاستقصاء فقد قال أبو الفتح نصر المقدسي رحمه الله فعندى أنه لا يدخل في البيع إلا بالشرط ولا في الاجارة إلا بلفظ الاباحة قال وهذا صحيح لأنه ليس من نماء الأرض فهو كسائر المائعات من الزيت وغيره إذا خلط فيه •

﴿ فرع ﴾ المياه الجارية في الأنهار كالفرات ودجلة وجيحون والنيل وغيرها من الأنهار الكبار والصفار ليست مملوكة لأحد وجهاً واحداً لأنها تتبع من المواضع التي ليست مملوكة كالجبال والشعاب ومن استقي شيئاً منها وحازه ملكه وإذا جرى ماء من هذه الأنهار إلى ملك إنسان كما المد يدخل في أرضه لم يملكه إلا بالحيازة بل يكون أحق به وإذا حفروا أنهاراً فاجروا فيها من هذه الأنهار ماء فليس أيضاً بمملوك ولهذا يحل للعطشان أن يشرب منها بغير إذن مالك النهر قاله القاضي أبو الطيب وغيره ولو باع مقداراً من ماء نهر جار أرضه مملوكة لم يصح لأنه لا يمكن تنزيل العقد على معين فيه يمكن تسليمه قال صاحب البيان وعلى قياس هذا ما يقع في أرضه من ماء المطر فإنه لا يملكه ولا يصح بيعه وجهاً واحداً لأنه إنما يملك ماء البئر على قول أبي حنيفة لأنه نماء أرضه وليس هذا بنماء أرضه وإنما هو أحق به كما لو يوجد في أرضه صيد (قلت) وهذا ما لم تحصل حيازة (أما) إذا أخذه وحازه ملكه وفي البيان أن أصحابنا أجمعوا على أنه لو احتاز ماء من نهر عظيم ثم أعاده إليه أنه

ما يندر من العيوب وما لا يندر ولفظ الكتاب في الغصب وإن كان مطلقاً لكن في الوسيط ما يبين أنه أراد به العيب الخلقى ولورد الغصب وبه عيب وقال غصبته هكذا وقال المالك بل حدث العيب عندك قل في التهمة المصدق الغاصب لأن الأصل براءة ذمته وعدم يده على تلك الصفة (ومنها) لو تنازعا في الثياب التي على العبد فالمصدق الغاصب لأن العبد وما عليه في يد الغاصب هذه صورة الكتاب في الاختلاف (ومنها) لو قال غصبت مني داراً بالكوفة فقال بل غصبت دارك بالمدينة فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يغصب دار الكوفة وأما غصب دار المدينة فإن وافقه المدعى عليه ثبت والا ارتد اقراره بتكذيبه (ومنها) غصب خمرأً محترمة وهلكت عنده ثم قال المصوب منه هلك بعد التخليل وقال الغاصب بل قبلها فلا ضمان على المصدق الغاصب لأن الأصل بقاء الحرية وبراءة ذمته (ومنها) قال طعامي الذي غصبته كان حديثاً وقال الغاصب بل عتيقاً فهذا كالخلاف في كون

لا يختص بشركة في هذا النهر قال وان أتلّف رجل على غيره ماء فهل يلزمه قيمته أو مثله فيه وجهان (قلت) وهذا الخلاف على إطلاقه يقتضى الخلاف في أن الماء مثلى أو متقوم والمعروف أنه مثلى وأنه إذا أخذه في مفازة ثم غرمه في البلد يغرم قيمته والبئر الذى ليس بمملوك بأن قصد حافره في الموات الاستقاء منه وعدم تملكه فما فيه من الماء لا يملك قولاً واحداً نقله الامام عن الشيخ أبي على فلا يصح بيعه *

(فرع) فلما ماتولد في انهار الارض وعيونها من السمك فلا يملك على الوجهين وجه أبي إسحق ووجه ابن أبي هريرة الا بالحيازة كما لا يملك ما فرخ من الصيد في أرضه الا بأخذه وانما له منع الناس من ذلك لما فيه من دخول أرضه والتصرف في ملكه فان أخذه مأكوه دونه قاله الماوردى *

(فرع) ذكره الرويانى في هذا الموضع وان لم يكن له به ذاك التعلق إذا قال بعثك جميع حقى من هذه الدار وهو عشرة أسهم من عشرين سهماً وكان حقه خمسة عشر وقع العقد على عشرة أسهم (قلت) وقد يتخيل أن ذلك كما إذا قال بعثك هذه الصبرة على أنها عشرة أصع فخرجت أكثر وليست مثلها فان الصبرة المشاهدة يتعلق الغرض الاعظم بعينها كلها وفي الجزء المشاع يتعلق الغرض الاعظم بما يذكر من مقداره والله أعلم * (تنبيه) هذا القول الذى نقله المصنف عن أبي إسحق هل هو القول الذى يقول أن لا يملك قط لا بالاجارة ولا بغيرها أو غيره قال ابن أبي الدم هو غيره ومذهب أبي إسحق في ماء البئر خاصة قبل الاجارة وهو الخلاف المذكور في أن من حفر بئراً

العبد كاتباً والمصدق الغاصب فان نكل عن اليمين حلف المالك ثم له ان يأخذ العتيق فانه دون حقه (ومنها) باع عبداً من انسان فجاء آخر يدعي أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الاقرار فان ادعى العين على المشتري فصدقه أخذ العبد منه ولا رجوع له بالثمن على البائع المكذب فان كذبه فاقام المدعي عليه بينة اخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع فان لم يقم البينة ونكل المشتري حلف المدعي وأخذه ولا رجوع للمشتري بالثمن لتقصيره بالنكول وان صدقه البائع دون المشتري لم يقبل اقرار البائع على المشتري وبقي البيع بحاله الا أن يكون اقراره بالغصب في زمن الخيار فيجعل ذلك فسخاً للبيع ثم لو عاد العبد إلى البائع بارت أو رد بعيب لزمه تسليمه الى المدعي وان صدقه البائع والمشتري جميعاً سلم العبد الى المدعي وعلى البائع رد الثمن المقبوض على المشتري ان بقي بحاله ونهانه ان تلف ولو جاء المدعي بعد ما عتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري لم يبطل العتق سواء

في ملكه فاجتمع فيها ماء هل يملك ذلك الماء بمجرد كينونته في البئر أم لا يملكه حتى يحتازه ببناء أو ظرف وجهان مشهوران (قال) أبو اسحق لا (وقال) ابن أبي هريرة نعم ولا خلاف عندهما أنه يملك بالاحازة (وأما) ذلك الوجه البعيد الذي حكاه الامام أن الماء لا يملك قط بالاحازة ولا غيرها فهو مهجور غير مشهور قال لم أر أحداً حكاه سواه ولا تفريع عليه وهذان الوجهان ذكرهما المصنفون في الطريقتين وفرعوا عليهما * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان كان في الأرض معدن باطن كمدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدناً ظاهراً كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي بن أبي هريرة وغير مملوك في قول أبي اسحق والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء وان باع أرضاً وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا هي متصلة بها فلم تدخل في بيعها ﴾ *

(٢٩١) بياض
بالاصل فخر

﴿ الشرح ﴾ النفط ^(١) والقار ^(٢) (أما) الأحكام ففيه مسألتان (أحدهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر وقال القاضي أبو الطيب والماوردي جامد وذائب (القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء أي غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضي أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الأرض جزماً لما ذكره المصنف ولا فرق بين

واقفها العبد أو خالفها لما في العتق من حق الله تعالى ولهذا سمعت شهادة الحسبة عليه بخلاف مالو كاتبه المشتري ثم توافقوا على تصديق المدعى لأن الكتابة قابلة للنسخ وللمدعى في مسألة الاعتاق قيمة العبد على البائع ان اختص بتصديقه إذا أوجبنا الغرم للحيولة وعلى المشتري ان يختص بتصديقه وعلى من شاء منهما ان صدقاه وقرار الضمان على المشتري إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر فلا يطالب المشتري بالزيادة ولومات المعتقد وقد اكتسب أموالاً كانت للمدعى لأن المال خالص حق الآدمي وقد اتفقوا على أنه هو المستحق بخلاف العتق فان تصادقهم فيه إنما لم يؤثر لما فيه من حق الله تعالى هكذا أطلقوه قال الامام وهو منزل على الاكساب التي يستقل العبد بها فاما الاكساب التي يحتاج فيها إلى إذن السيد فان المدعى لا يستحقها إذا اعترف بخلوها عن الاذن *

﴿ الباب الثاني في الطواريء وفيه ثلاثة فصول ﴾

قال ﴿ الأول في النقصان فإذا غصب ما قيمته عشرة فعاد الى درهم ورده بعينه فلا شيء عليه لأن الفائت رغبات الناس لشيء من المنصوب * وان تلف فالواجب عشرة وهو أقصى القيمة * وان

المعدن المذكور وبقية أجزاء الأرض إلا أن بعض الأجزاء أفر من بعض ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولاً واحداً وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب فيه قولاً الجمع بين بيع وصرف قاله الروياني (والقسم الثاني) المعدن الظاهر أي المتميز عن الأرض وهي أعين للمائع كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت ولزئبق والكلام فيه كالكلام المتقدم في الماء حرفاً بحرف ومن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وغيرهم وجزم الغزالي في الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف في الماء قال ابن الرفعة وحمله على ذلك قول الإمام إذا باع الأرض وفيها معدن فما يتجدد بعد البيع للمشتري وما كان مجتمعاً فهو للبائع ولا تردد فيه بخلاف الماء فإن من الناس من قال لا يملك (قلت) فإن أراد الإمام أن من الناس من لا يملك أصلاً ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحح أن ذلك الوجه لا جريان له في المعدن لكن لا أثر لذلك في مسألتنا لأن الكلام مادام في مقره قبل الحوز وإن أراد به لا يملك مادام في البئر فالمعدن كذلك عند أبي إسحق القائل بذلك في الماء كما صرح به المصنف هنا وغيره وهذا الذي ذكرناه في بيع الأرض المشتملة على المعدن حمار بعينه في بيع الدار المشتملة على المعدن وفي الدار فرض الغزالي المسألة في الوسيط (المسألة الثانية) إذا باع أرضاً فيها ركاز أي كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان

تلف بعضه كالثوب إذا أبلاه حتى عاد إلى نصف درهم بعد رجوع الأصل إلى درهم ضمن القدر الفائت وهو نصف الثوب بنصف أقصى القيم وهو خمسة • وردها مع الثوب البالي ﴿
الطواريء على المغصوب (أما) أن تعود إلى ذاته أولاً تعود إليها فالأول أما أن تكون بزيادة أو نقصان وأما أن لا تعود إلى ذاته فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرفات الغاصب فلذلك اشتمل الباب على ثلاثة فصول (أولها) في النقصان والناقص من المغصوب أما قيمته أو شيء من أجزائه وصفاته أو كلاهما (القسم الأول) أن يكون النقصان في القيمة وحدها كإلوه غصب ما قيمته عشرة فرده بحاله وقد عادت قيمته إلى درهم فلا شيء عليه وقال أبو ثور عليه نقصان القيمة كإلوه تلف المغصوب والصورة هذه تلزمه أقصى قيمته عشرة • لنا أن الفائت رغبات الناس لشيء من المغصوب بخلاف ما إذا أتلف فإن الواجب هناك البديل فوجب الأكثر لكونه مأموراً بالرد في تلك الحالة وإذا كانت العين باقية فالواجب ردها وقد أتى به وليعلم (قوله) في الكتاب فلا شيء عليه - بالواو - لمذهب أبي ثور فإنه وإن كان داخلاً في طبقة أصحاب الشافعي رضي الله عنه فله مذهب برأسه ولا يعد تفرده وجهاً لكن حكى الموفق بن طاهر أن من الأصحاب من يوافقه وأيضاً فإن الإمام بعد توجيه مذهبه بأنه

من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل في البيع ولا يحل للمشتري أخذه اذا وجده لان ذلك ليس من أجزاء الارض ولا من نواتها ولا متصلاً بها فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذي فيه (والظاهر) أنه لمن ملكته منه الدار فاذا ادعاه فهو له وان لم يدعه فهو - ومن ملكه البائع منه وعلى هذا أبداً هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والحاملي وغيرهم من الأصحاب (المسألة الثالثة) الأجبار على ثلاثة أقسام (الأول) أن تكون مخلوقة في الأرض فتدخل في بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ثم هي على ثلاثة أضرب (الأول) أن يضر بالزرع والغرس جميعاً فهي عيب إذا كانت مما يقصد لذلك وفيه وجه أنه ليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة وشرط الماوردي والمتولى في كون ذلك عيباً أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع قال المتولى فلواشتراها للبناء فهي أصلح له فلا خيار وينبغي أن يحمل كلامها على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه وليس كالأجارة (الضرب الثاني) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثاني) ويحكى عن أبي اسحق المروزي أنه ليس بعيب ولا خيار فيه لأن الأرض اذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيباً لكمال المنفعة بأحدهما قال الروياني وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع قال الماوردي (والأصح) عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط قال ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل فلا يكون

تنسب إلى تفويت تلك الزيادة بادامة اليد العادية قال وهذا يحده القياس منقاساً (الثاني) أن يكون النقصان في كليهما فالجزء التالف مضمون بقسط من أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف والنقصان الحاصل بتفاوت السوق في الباقي المردود غير مضمون مثاله غصب ثوباً بقيمة عشرة وانخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم يردّه مع خمسة دراهم لأن بالاستعمال والابلاء تنسحق أجزاء من الثوب وتلك الأجزاء والصورة هذه نصف الثوب لانتهاء قيمته إلى نصف درهم بعد ما كانت قبل الاستعمال درهماً فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السوق إلى عشرة ثم لبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة لزمه مع رده عشرة ولو كانت عشرة وعادت بانخفاض السوق إلى خمسة ثم لبسه وأبلاه حتى عادت إلى درهين لزمه مع رده ستة لأنه تلف بالابلاء ثلاثة أخماس الثوب فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم وذكر الشيخ أبو علي أن بعض من شرح المولدات أخطأ في هذه الصورة فقال يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالابلاء ولا عبرة بالخمسة التي هي نقصان السوق وقياس قول هذا القائل أن يلزمه في الصورة الأولى وهي المذكورة في الكتاب نصف درهم وفي الثانية خمسة دراهم ولو غصبه وقيّمته

في الجواب اختلاف لكن ذكرت ما على وبيئت ما اقتضته الدلالة عندي (قلت) وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه وهو يقتضي انها اذا كانت في موضع غير معد للزراع ولا للغرس كالاراضي بين البنيان في كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعاً فيها ليس بعيب ولذلك شرطنا في أول الكلام تبعاً للرافعي أن تكون مقصودة للغراس والزرع واستثنى هو أيضاً أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم * (الضرب الثالث) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعدهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ولا خيار للمشتري (القسم الثاني) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض كالتي تكون في أثاثات الجدارات وما أشبهها فهي داخلة في البيع أيضاً لأنها موضوعة للاستدامة وهذا على المذهب في أن بيع الأرض يستتبع البناء والطرق التي تقدمت في ذلك جارية فيه حرفاً بحرف كما اقتضاه كلام الامام وغيره قال في البحر وكذلك ان كان البناء منهدماً أو كانت في طي بئر خراب وهذا الكلام في الدخول (وأما) كونها عيباً فقد جعلها الرافعي (١) في كونها عيباً اذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالحلقة (وأما) الماوردي فانه قال إن الغالب فيما بني على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها قال فان كانت كذلك فلا خيار وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع فالمشتري الخيار على ماضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار (٢) أثبتنا

(٢٠١) بياض
بالاصل فخر

عشرة فاستعمله أولاً حتى عادت بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهمين فرده يلزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولا يغرم النقصان الحاصل في السوق في الباقي ولو غصب ثوباً بقيمته عشرة ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمة الى خمسة ثم ارتفع السوق فبلغت قيمته وهو بال عشرة فظاهر كلام ابن الحداد أنه يغرم مع رد الثوب عشرة لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة فلو بقي كله لكان يساوي عشرين فيغرم عشرة للتالف واختلف الأئمة فيه فساعده بعضهم وخالفه الجمهور على انقسامهم الى مغلط ومؤول وقالوا لا يغرم مع رده الا الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبء بالزيادة الحاصلة بعد التالف الا ترى أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم تلك الزيادة قال الامام والصفات كالأجزاء في ذلك كله حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة فنسى الصنعة وعادت قيمته الى خمسين ثم ارتفع السوق فبلغت قيمته ناسياً مائة وقيمة مثله اذا أحسن تلك الصنعة مائتين لا يغرم مع رده الا خمسين واعلم أن الجواب في صور ابلاء الثوب كلها مبني على أن أجره مثل المفصوب لازمة مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال وهو الأصح وقد مر وجه آخر أنه لا يجمع بينهما فعلى ذلك الوجه الجواب لزوم أكثر الامر من المقادير المذكورة أو أجره المثل

الخيار فاختار اتمام البيع فانه يمسك الارض والحجارة بجميع الثمن (القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف وقيل ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الاحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ولا خلاف انها لا تدخل في بيع الارض كالسكنوز والاقمشة نص عليه الشافعي رضي الله عنه والاصحاب وقول المصنف ليست من أجزاء الارض إحتراز من المعلن (وقوله) ولا هي متصلة بها إحتراز من البناء والغراس ثم لا يخلو المشتري اما أن يكون عالماً بالحال أو جاهلاً ان كان عالماً فلا خيار له في فسخ العقد وان تضرر بقلع التابع سواء كانت الارض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ودخل في العقد اما تبعاً أو مع التصريح وللبائع النقل وان أضر بالمشتري بأن كان تنقص قيمة الارض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد أو الذي أحدثه المشتري بعده ولم ينقص وان أبى البائع القلع فلمشتري إجباره عليه سواء كان تبقيتها تضر أو لا • وفي الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل وسيأتي مثله فيما اذا كان جاهلاً (والصحيح) الاول وان للمشتري إجبار البائع على القلع والنقل تفرغاً للملك بخلاف الزرع فان له أمداً ينتظر ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وان طالت كما لو اشترى داراً فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل والتفريغ ويجب على البائع اذا نقل تسوية الارض • وان كان المشتري جاهلاً بالحجارة فالحجارة بالنسبة الى الضرر في قلعها وتركها احوال أربعة (أحدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع وقلعها غير مضر لانه

ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه أنها متى زادت فقال المالك زادت قبل الابلاء فاغرم التالف بقسطه منها وقال الغاصب بل زادت بعده قال ابن سريج المصدق الغاصب لأنه غارم كما لو تلف كله واختلفا في أن القيمة قبل التالف أو بعده (وأما) القسم الثالث وهو أن يكون النقصان في شيء من الاجزاء والصفات بعدها فيوضحه المسائل الآتية على الأثر •

قال ﴿ ولو مزق الثوب خرقاً لم يملكه ﴾ (ح) بل يرد الخرق وأرش النقص • وإن كانت الجناية لا تنفك سرايتها إلى الهلاك كما لو بل الخنطة حتى تعفنت • أو اتخذ منها هريسة • أو من التمر والسمن حلواء فنص الشافعي رحمه الله عليه أن المالك بالخيار بين أن يأخذ المغيب وأرش النقص أو يطالب بمثل أصل المال فان مصيره إلى الهلاك في حق من لا يردده فكأنه هالك • وفيه قول مخرج وهو القياس أنه ليس له إلا ما بقي من ملكه وأرش النقص •

النقصان الحاصل في المنصوب نوعان (أحدهما) مالا سراية له فعلى الغاصب أرشه ورد الباقي لافرق في ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة كما في قطع يدي العبد أو دونها ولا بين أن يفوت معظم منفعه أولاً يفوت ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الأسم الأول وأن لا يبطل قال أبو حنيفة

لم يحصل في الارض غراس ولا زرع فالبيع لازم ولا خيار للمشتري وللبيع النقل والمشتري اجباره عليه على المذهب وحكى الامام وجهها ضعيفا أنه لا يجبر والخيرة للبائع والمذهب الاول قال الاصحاب فلو سمح بها للمشتري لم يلزمه القبول لانها هبة محضة والرافعي أطلق تصوير المسألة في نفي الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك والماوردي أراد بالضرر ضرر الزرع والغراس فلذلك قال ما ذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره وهو أنه اذا قلعها فان كان المشتري عالما بالحجارة فلا أجرة له على البائع في مدة القلع لان علمه بها يجعل قلعها مستثنى كتنقية ثمرة البائع على نخل المشتري وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيراً لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه قاله الماوردي وغيره فلا أجرة على البائع وان كان كثيراً كيومين وأكثر قاله البندنجي فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع اجرة المثل على الصحيح لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة وهل يجب عليه تسوية الارض واصلاح حفرها بقلع الحجارة فيه طريقان (أحدهما) الاتطع بالوجوب وهو قول الماوردي (والثانية) على وجهين في التهمة ولا خيار للمشتري كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرش ولا خيار وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجرة على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثاني) ونسبه الماوردي الى جمهور أصحابنا أنه لا أجرة عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض اخذاً من أن جنايته كالآفة السماوية (فاما) تسوية الارض

إذا كان الواجب قدر القيمة أو فوت الغاصب معظم منافعه بجنايته كما لو مزق الثوب المغصوب خرقاً أو شقه طولاً أو كسر قوائم الدابة أو بعضها لم يكن للمالك أن يغرمه شيئاً الا أن يترك المغصوب اليه وكذا لو ذبح الشاة أو صبغ الثوب بما لا يقبل بعده لونا آخر وهو السواد قال فاذا تصرف فيه بما أبطل الاسم الأول ملك وغرم قيمته ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه وهذا كما إذا غصب حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو شاة فذبجها وشواها أو صفراً واتخذها آنية أو ثوباً فخط منه قميصاً وساعدنا في قطع أذن الدابة وأحدى يدي العبد وما أشبهها أنه يأخذ الباقي ويغرمه الأرش واحتج الشافعي رضي الله عنه فقال جناية قطع اليدين فوق جناية قطع أحدهما فاذا لم يستفد بالغرامة في أدنى الجنايتين ملكا وجب أن لا يستفيد في أعلا الجنايتين بطريق أولى وعبرة الاصحاب أنه جنى على ملك الغير فلا يتوقف تغريمه على تملكه كما لو قطع إحدى اليدين ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله لم يكن له ذلك فانه عين ملكه ونقل صاحب المذهب وغيره وجهاً أنه إذا طحن الطعام المغصوب للمالك ترك الدقيق ومطالبتة بالمثل لانه أقرب إلى حقه من الدقيق (والنوع الثاني) ماله سراية لا تزال تزدد إلى الهلاك الكلي كما لو بل الحنطة وتمكن منها العفن السارى أو اتخذ من الحنطة

واصلاح حفرها ففيه طريقان قال الماوردي فلا يجب على البائع وجهاً واحداً لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض وقال غيره فيه وجهان (الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرراً لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لما في الارض من غراس وزرع فان كان المشتري عالماً بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ ولا أجرة له في القلع وان كان جاهلاً بما بالحجارة وما بضررها اما في القلع واما في الترك فله الخيار هكذا يقتضيه كلام الاصحاب وقال الرافعي للمشتري الخيار سواء جهل أصل الاحجار أو كون قلعها مضرراً فافعل قسماً آخر لم يشمله كلامه وهو ما إذا كان عالماً بالأحجار وبكون قلعها مضرراً ولكن جهل كون تركها مضرراً ففهوم كلامه أنه لا يثبت له الخيار وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر * إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الاصحاب لا يسقط خياره بأن يترك البائع الاحجار لما في بقائها من الضرر وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لا غرم لك أجرة مدة النقل فيه وجهان عن رواية صاحب التقریب (أصحهما) عند الامام والرافعي لا كما لو قال البائع لا تفسخ لا غرم لك الارش ثم ان فسخ رجع بالثمن والافعلي النافع النقل وتسوية الارض سواء كان النقل قبل القبض أم بعده هكذا قال الرافعي وقد تقدم عن الماوردي أنه إذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجهاً واحداً بل يثبت به الخيار وكذلك صرح به ههنا هو

المقصودة هريسة أو غصب سمناء تماً ودقيقاً واتخذ منها عصيرة نقل العراقيون عن نصه في الام أنه يجعل كالهلاك ويفرم بدل كل مفصوب من مثل أو قيمة وقولا آخر عن رواية الربيع أنه يردّه مع ارش النقصان ثم قالوا فيه طريقان للاصحاب (أحدهما) اثبات القولين وجه الثاني القياس على النوع الاول من النقصان ووجه الاول أنه مشرف على التلف والهلاك ولو ترك بحاله لفسد فكأنه هالك (والطريق الثاني) القطع بالقول الاول وجعله كالهالك أظهر عندهم سواء أثبت القولين أم لا وأما الامام وصاحب التهذيب فانهما رويان في المسألة قولين (أرجحهما) أنه يردّه مع ارش النقصان وليس للمالك الا ذلك (والثاني) انه يتخير المالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله من مثل أو قيمة ويجعل كالهلاك لان ارش النقص الساري لا يكاد ينضبط فله أن يكفي نفسه مؤنة الاطلاع عليه وايضاً فانه اذا لم يردّه وتركه بحاله أهلك بخلاف ما اذا طحن الحنطة فانه يرد الدقيق فلو ترك بحاله لاهلك ونسب الامام التخير هكذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه وبه أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد والمسعودي وهو كالمتمسطين ما اختاره العراقيون وبين ما اختاره الامام وصاحب التهذيب وذكر البندنجي قولاً آخر عن رواية أبي اسحق في الشرح أنه يتخير الفاصب بين أن يسكنه ويفرمه وبين أن يردّه مع ارش النقصان

والشيخ أبو حامد ورجحه الروياني (أما) بعد القبض فتجب التسوية علي المشهور وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة وفي أجرة النقل ثلاثة أوجه (ثالثها) وهو الاظهر وهو قول أبي اسحق المروزي علي ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقاً والكلام في وجوب الاجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله

ويخرج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال (تغريمه) كما هلك (رده) وارش النقصان (تخيير) المالك (تخيير) الغاصب وإذا قلنا بالاول فقد أورد أبو سعيد المتولي وجهين في أن الحنطة المبولة لمن تكون (أحدهما) تبقى للمالك كيلا يكون العدوان قاطعاً حقه كما لو نجس زيتة وقلنا انه لا يطهر بالغسل فإن كونه للمالك أولى به (والثاني) ان يكون للغاصب لانا الحقناه بالهلاك في حق المالك ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضمناً وكذلك ههنا وإذا حكمنا بتغريمه الارش مع الرد فإنه يغرم ارش عيب سار وهو أكثر من ارش الفأنت ثم قال الشيخ المتولي ان رأى الحاكم أن يسلم الجميع اليه فعل وان رأى سلم ارش النقص المتحقق في الحال اليه ووقف الزيادة الى أن تتقين نهايته وفي هذا توقف لان المعقول من ارش العيب الساري ارش العيب الذي شأنه السراية وانه حاصل في الحال أما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه اذ الكلام في النقصان الذي لا تقف سرايته الى الهلاك فلو نظرنا الى المتولد معه لانجر ذلك الى ان يكون ارش العيب الساري تمام قيمته وهو عود الى القول الاول وقد بين في شرح المفتاح الشيخ أبو حامد السلمي ذلك فإنه قال في التعبير عن قول التخيير ان شاء المالك ضمنه ما نقص الى الآن ثم لاشيء له من زيادة فساد تحصل من بعدوان شاء تركه اليه وطالبه بجميع البديل * ومن صور النوع الثاني ما اذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه فاشرف على الفساد وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب اذا كان سارياً عسر العلاج كالسل والاستسقاء ولم يرتضه الأمام لأن المرض المتيوس منه قد يبرأ والعفن المفروض في الحنطة يفضي الى الفساد لا محالة (وقوله) في الكتاب وفيه قول مخرج لم أجد غيره يصغه بكونه مخرجا وقد ذكرنا انهم نقلوه عن رواية الربيع ولا حاجة مع النقل الى التخيير نعم ربما لا يبلغ النقل المخرج فيقع الحافر على الحافر *

قال ﴿ولو جني العبد المغصوب جناية قتل بها قصاصاً ضمن الغاصب للمالك أقصى قيمته اذ حصل الفوات تحت يده﴾ وان تعلق الارش برقبته ضمن الغاصب للمجني عليه كما يضمن المالك اذا منع البيع وكأن الغاصب مانع * فان تلف العبد في يده ضمن للمجني عليه الارش والمالك القيمة * وان سلم القيمة الى المالك فلامجني عليه التعلق به لأنه بدل عبد تعلق به ارشه * فاذا أخذه المجني عليه رجع المالك على الغاصب بما أخذه لانه لم يسلم له *

واحد وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه إلا في هذا القسم واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالماً بالحجارة جاهلاً بضررها مع أن الرافعي أطلق أولاً أيضاً أنه متى كان عالماً بالحال فلا أجرة وقد يقع بين هذين الكلامين التباس فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله والقاضي أبو الطيب والماوردي جعلاً محله إذا كان جاهلاً بالحجارة وضررها

مقصود الفصل الكلام في جناية العبد المغصوب وسبب ذكره في هذا الموضع أن الجناية أحد أنواع النقصان ونحن نذكره ونضم إليه حكم الجناية عليه أما جنيته فينظر أن جنى بما يوجب القصاص واقتص منه في يد الغاصب غرم الغاصب أقصى قيمه من يوم الغصب إلى الاقتصاص وإن جنى بما يوجب القصاص في الطرف واقتص منه في يده غرم بدله كما لو سقط بأفة ولو اقتص منه بعد الرد إلى السيد غرم الغاصب أيضاً لأن سبب الفوات حصل في يده وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك ولو غصب مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد الغاصب هل يضمه الغاصب في النهاية أنه على الوجهين في أنه إذا اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري فمن ضمان من يكون القطع والقتل ولو جنى المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته فعلى الغاصب تخليصه بالفداء قال الإمام وبم يفديه بارش الجناية بالغاً ما بلغ أم بأقل الأمرين من الأرض ومن قيمة العبد فيه قولان كما إذا أراد المالك تخليص العبد الجاني وفداه قال وهذا لأن وجوب بذل الأرض بتمامه في حق المالك ووجهه أنه امتنع من البيع ولو رغب فيه ربما وقع الظفر بمن يشتريه بمقدار الأرض ومثل هذا موجود في حق الغاصب لأنه بالغصب مانع ملكه من يده وينزل ذلك منزلة المالك المانع ويترتب عليه تضمينه الجنى عليه وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله كما يضمن المالك إذا منع البيع وكان الغاصب مانعاً ولك أن تقول لو كان يضمه للمنع من البيع اسقط الضمان إذا رده إلى المالك لارتفاع الحيولة ولا يسقط بل لو بيع في الجناية بعد الرد إلى المالك غرمه الغاصب أيضاً كما سيأتي ولم يوجه العراقيون تضمينه بذلك وإنما وجهوه بأن جناية العبد لنقص دخله فكان كسائر وجوه النقصان وسواء جرى الوجهان كما ذكره الإمام أولاً فالظاهر أنه لا يجب على الغاصب تحصيله إلا بأقل الأمرين وهو المذكور في التهمة فإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو إما أن يتلف العبد في يد الغاصب أو يردّه إن تلف في يده فلمالك تغريمه أقصى القيم فإذا أخذها فلم يجني عليه إن لم يغرم الغاصب له بعد أن يغرم الغاصب وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك لأن حقه كانت متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببدلها كما أن العين المرهونة إذا أتلّفها متلف يتوثق المرتهن ببدلها وحكي الشيخ أبو علي وجهاً أن القيمة المأخوذة تسلم للمالك ولا يطالبه الجاني

فان كان عالماً بالحجارة غير عالم بضررها فانه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ولا يستحق الاجرة وان اقام لعلمه بالحجارة وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل فانه مع العلم بالحجارة يمنع ايجاب الاجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش وما أشبه ذلك قال الرافعي ويمرر مثل هذا الخلاف في وجوب الارش لو

عليه بها وانما يطالب الغاصب كما أن المجني عليه لو أخذ الارش لم يمكن للمالك التعلق به فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث والصحيح الاول واذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة يرجع المالك بما أخذ على الغاصب لأنه لم يسلم له بل أخذ منه بمجانية مضمونه على الغاصب ثم لذي يأخذه المجني عليه قد يكون كل القيمة بان كان الارش مثل القيمة وقد يكون بعضها بان كانت القيمة الفا والارش خمسة فلا يأخذ الا خمسة ولا يرجع للمالك الا خمسة لان الباقي قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوي الفأفرجع بانخفاض السوق الى خمسة ثم جنى ومات عند الغاصب ففرمه المالك الالف لم يكن للمجني عليه الا خمسة وان كان ارش الجناية الفا لانه ليس له عليه الا قدر قيمة الجناية وان رد العبد الى المالك نظر ان رده بعد ما غرم المجني عليه فذاك وان رد قبله فبيع في الجناية رجع المالك على الغاصب بما أخذه منه لان الجناية حصلت حين كان العبد مضمونا عليه ويخالف ما اذا جنى في يد المالك ثم غصبه غاصب فرده ثم بيع في تلك الجناية حيث لا يرجع للمالك بشيء لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه وفرع ابن الحداد على ذلك فقال اذا جنى في يد المالك جنابة تستغرق قيمته ثم غصب وجنى في يد الغاصب جنابة أخرى مستغرقة ثم رده الى المالك ثم بيع في الجنابة بين وقسم الثمن بينهما نصفين يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد لان احدي الجنائيتين وجدت والعبد في ضمانه فاذا أخذ كان للمجني عليه الاول التعلق به ولا حق للمجني عليه الثاني ووجه الشيخان أبو علي وأبو محمد بان سبب وجوب هذا النصف انما هو الغصب فانه بالغصب ضمن ما يجنى المغصوب والغصب مقدم على الجنابة الثانية فلا يأخذ المجني عليه الثاني بما يوجب به شيئاً كما لو جنى عبده على رجل ثم قطعت يده ثم جنى على آخر ثم قتل أو مات من سرية القطع فان ارش اليد لا يأخذ منه المجني عليه الثاني شيئاً لوجوبه بالقطع المتقدم على الجنابة عليه ثم اذا أخذ المجني عليه الاول لم يرجع المالك على الغاصب لانه أخذه بسبب جنابة غير مضمونة على الغاصب ولو كان الفرع بحاله وتلف العبد بعد الجنائيتين في يد الغاصب فله طلب القيمة من الغاصب ولم يجنى عليه أخذها فاذا أخذها فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب لانه أخذ منه النصف بجنابة مضمونة على الغاصب فاذا رجع فله جنى عليه الاول أخذه لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجنابة الثانية واذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى لأنه مأخوذ بجنابة غير

بقي في الارض بعد التسوية نقصان وعيب وكذا قاله القاضي حسين فسلوكا بالارش مسلك الاجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الاجرة بل أوجبوها مطلقاً وكذلك الشافعي رضي الله عنه في الام أطلق وجوب التسوية وهو الذي قاله المحاملي والقاضي حسين والامام وابن أبي هريرة أيضاً أوجب التسوية قبل القبض ولم يوجب الاجرة كما فعل الرافعي وقد يقال في الفرق إن المنافع

مضمونة على الغاصب هذا ظاهر المذهب في الحالتين وقيل اذا رد العبد وبيع في الحالتين فالنصف الاول يرجع به المالك سلم له ولا يؤخذ منه وانما يطالب المجني عليه الاول الغاصب بنصف القيمة واذا ثبت في يد الغاصب بعد الجنائيتين لا يأخذ المالك شيئاً والمجني عليه الاول يطالب الغاصب بتمام القيمة والمجني عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة ولو جنى العبد المغصوب في يد الغاصب أولاً ثم رده الى المالك فجنى في يده جناية أخرى وكل واحد منهما مستغرق القيمة فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية التي هي مضمونة عليه فاذا أخذه قال الشيخ أبو علي سمعت الشيخ القفال مرة يقول ليس لواحد من المجني عليهما أخذه (أما) الثاني فلأن الجناية عليه مسبوبة بجناية مستغرقة وحق الثاني لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذ (وأما) الاول فلأن حق السيد في القيمة ثبت بنفس الغصب وهو مقدم على حق المجني عليه فما لم يصل حقه اليه لا يدفع الى غيره شيئاً وقال وليس هذا بشيء بل للمجني عليه الاول أخذه كما في المسألة السابقة ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة فان حق السيد وان كان متقدماً فيتقدم عليه حق المجني عليه كما في نفس الرقبة قال وقد ناظرت القفال فرجع الى قولي وعلى هذا فاذا أخذه المجني عليه الاول رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ ثانياً لأن الاول قد أخذ تمام القيمة والثاني لم يتعلق حقه الا بالنصف وقد أخذه ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورنا ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانياً فمات عنده أخذت القيمة منه بين المجني عليهما ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة لانه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه فاذا أخذه كان للمجني عليه الاول أن يأخذ منه ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ في هذه المرة وقد غرم الغاصب والصورة هذه القيمة مرتين مرة بجناية العبد في يده ومرة بالقتل وعلى قياس الوجه الذي سبق يأخذ المجني عليه الاول تمام القيمة من الغاصب والثاني نصف القيمة وللمالك نصف القيمة ولا تراجع * هذا هو القول في جناية العبد المغصوب (وأما) الجناية عليه فان قتل نظران وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً فللمالك القصاص فاذا اقتصر برى الغاصب لأنه أخذ بدل عبده ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة كما لا نظر في الاحرار إلى تفاوت الدية فان لم يجب القصاص بأن كان الجاني حراً فعليه بالجناية قيمة يوم القتل سواء قتله

والاوصاف لايقابلها شيء من الثمن فلذلك ثبت له الخيار فقط لأنه عيب ولم يضمن تخريجاً على أن جناية البائع كالأفة السماوية (وأما) الحفر في الأرض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع لان التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ثم هو غير مستمر لان التراب الذي كان في موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الاجزاء فينبغي انفساخ العقد فيه وليس كذلك

الغاصب أو أجنبي والمالك بالخيار بين أن يطالب به الغاصب أو الجاني لكن القرار على الجاني ثم ان كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ونقصت في يد الغاصب فعليه ما نقص بحكم اليدوان كان الجاني عبداً فان سلمه سيده وبيع في الجناية نظران كان الثمن مثل قيمة المغصوب أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت القيمة قد نقصت عنه قبل القتل وان كان الثمن أقل أخذ الباقي من الغاصب فان اختاره سيده فداه (ان قلنا) يفديه بالارشن أخذه ولا شيء له على الغاصب الاعلى التقدير المذكور (وان قلنا) يفدى بالاقل من ارش الجناية وقيمة الجاني فان كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني فالباقي على الغاصب إن كانت أقل أو مثلها أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور ولو اختار المالك تغريم الغاصب الفداء فله ذلك وياخذ منه جميع قيمة المغصوب ثم يرجع الغاصب على سيد العبد الجاني بما غرم الا مالا يطالب به الا الغاصب هذا اذا كانت الجناية قتلاً (أما) الجراحات فاما أن يكون لها ارشن مقدر في حق الحر أولاً يكون لها ارشن مقدر فالواجب في القسمين ما بيننا من قبل فاذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية كان المرعى حالة الاندمال فان لم يكن حينئذ نقصان لم يطالب بشيء واذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية فيؤخذ في الحال أم يؤخر الى الاندمال فيه قولان كالألف كانت الجناية على الحر وسيأتي ذلك في موضعه واذا كان الجاني غير الغاصب وغرمناه القدر من القيمة وكان النقص أقصر من ذلك المقدر فعلى الغاصب ما زاد على المقدر فان كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص من القيمة ذكرنا فيما اذا سقطت يده بأفة أن الأصح أنه لا يطالب وههنا الظاهر أنه يطالب والقرار على الجاني وترددوا فيما اذا قطعت يده قصاصاً أو حداً لأنه يشبه السقوط بأفة من حيث انه تلف بلا بدل ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار فان اجتمعت جناية المغصوب والجناية عليه كما إذا قتل العبد المغصوب إنساناً ثم قتله في يد الغاصب إنسان فلامغصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب ويبطل حق ورثة من قتله المغصوب لأن العبد الجاني اذا هلك ولم يحصل له عوض يضيع حق الجنى عليه نعم لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بهروض عيب بعد ما جني فلا يبرأ الغاصب من ارش ذلك النقصان ولولى من قتله التمسك به وان عرض عيب قبل جنايته فاز المغصوب منه بالارشن لأن الجزء

وان كان باقياً قد زاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب إزالة للعيب ولا يلزمه وايجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ومن صرح بأن الارش كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى في الارش الأوجه الثلاثة التي في الأجرة وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنياً على جناية البائع (ان قلنا) كالألف السماوية لم يجب وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردي

المقابل للارش كان مقصوداً عند الجناية ولو لم يقتص المصوب منه بل عفى على المال أو كانت الجناية موجبة للمال فحكم تفريره وأخذ المالك على مامر في الجناية عليه من غير جناية منه ثم اذا أخذ المالك كان لورثة من جنى عليه عبده التعلق به لأنه بدل الجاني على مورثهم فاذا أخذوه رجع المصوب منه على الغاصب مرة أخرى لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه ويسلم له المأخوذ ثانياً على مامر نظيره *

قال ﴿ واذا نقل الغاصب التراب من أرض المالك فعليه رد التراب بعينه أو رد مثله أو الارش لتسوية الحفر ﴾ والبائع اذا قلع أحجاره يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش * وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج * والاكتفاء بالتسوية في الموضعين أولى فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه * وليس للغاصب أن ينقل التراب الى ملكه الا باذنه * فان منعه لم يكن له ذلك الا اذا تضرر الغاصب به لتضييقه ملكه أو لوقوعه في شارع يحذر من التعثر به ضمناً * ولو حفر بئراً في داره فله طمها وان أباه المالك ليخرج عن عهدة ضمان التردى فان أبرأه المالك فالأظهر أن رضاه الطارىء كالرضا المقرون بالحفر حتي يسقط الضمان به فلا يجوز له الطم بعد رضاه *

نقل التراب من الأرض المصوبة تارة يكون من غير احداث حفرة فيها كما اذا كشط عن وجهها وتارة يكون باحداث حفرة فيها كما اذا حفر بئراً أو شق نهراً (الحالة الاولى) اذا كشط وجه الارض ونقل التراب للمالك اجباره على رده ان كان باقياً وان تلف وانحق بهبوب الرياح والسيول الجارية رد مثله اليه وعليه اعادة وضعه وهيئته كما كانت من انبساط أو ارتفاع وان لم يطالبه المالك بالرد نظر ان كان له فيه غرض بأن دخل الارض نقص وكان ذلك النقص يرتفع بالرد ويتوقع منه الارش أو كان نقل التراب الى ملكه وأراد تفريره أو الى ملك غيره أو شارع يحدث من التعثر به الضمان فله الاستقلال بالرد وان لم يكن شيء من ذلك بل نقله الى موات أو من أحد طرفي الارض المصوبة إلى الآخر فان منعه المالك من الرد لم يردده وان لم يمنعه فهل يفتقر الرد الى اذن المالك حكى في التتمة فيه وجهين بناء على الوجهين في أنه اذا منعه فخالف فرد فهل للمالك مطالبته بالنقل ثانياً إلى الارض (ان قلنا) لارد من غير اذن المالك (وان قلنا) نعم افتقر الى اذنه وهو المذكور في الكتاب وهو الاظهر واذا كان له غرض في الرد فردده الى الارض فمنعه المالك من بسطه لم يبسط وان كان في

وهو الصواب وحكى صاحب التتمة وجهين في وجوب التسوية بعد القبض لأن التسليم في القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله في وضع الجوائح والشافعي رحمه الله تعالى في الام أطلق وجوب التسوية ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة ان الذي يقع في النفس صحته الجزم بوجوب التسوية والاجبار عليها كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ولا نظر إلى ما بعد القبض وقبله فان التسوية عبارة عن الموضع الذي يجب تسليمه فيه إلى غيره وجب عليه إعادته إلى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب انتهى واعلم أن الشافعي والاصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا

الاصل مبسوطا (الحالة الثانية) اذا حفر في الارض المغصوبة بئراً فامر المالك بطمها لزمه الطم وان لم يأمره المالك كان له أن يستقل بالطم ليدفع عن نفسه خطر الضمان لو تردى فيها مترد وأيضا فقد يكون في الطم بعض الاغراض المذكورة في الحالة الاولى وقال المزي لا يطم الا باذن المالك فان منعه المالك وقال رضيت باستدامة البئر فان كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان التردى فله الطم وان لم يكن له غرض سواه فوجهان (أحدهما) له الطم أيضا لان الاذن الطارىء لا يرفع حكم الحفر المتقدم (وأظهرهما) ويحكي عن أبي حنيفة المنع ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعديا ولو لم يقل رضيت باستدامتها واقتصر على المنع من الطم ففي التتمة أنه كما لو صرح بالرضى لتضمنه إياه وقال الامام لا يتضمنه ولو كان الغاصب قد طم البئر بآلة نفسه فله نقاها والمالك اجباره عليه فان تركها ووهبها منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين وحيث قلنا في الحالتين انه يرد التراب الى الارض المغصوبة لوقوعه في ملكه أو في شارع فذلك إذا لم يتيسر نقله الى موات ونحوه في طريق الرد فان تيسر لم يرد الا بالاذن قاله في النهاية وذكر أنه يستقل بطم البئر اذا بقى التراب الاول بعينه (أما) اذا تلف ففي الطم بتراب آخر دون اذن المالك وجهان وينبغي أن يجرى هذا الخلاف في الحالة الاولى وفيما اذا طلب للمالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب والظاهر فيها جميعاً أنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره أما اذا أعاد هيئة الأرض في الحالتين الى ما كانت عليه اما بطلب المالك أو دونه نظر ان لم يتفق في الأرض نقص فلا ارش عليه ولكن عليه أجره المثل لمدة الحفر والرد وان بقى فيها نقص وجب عليه الارش مع الأجرة هذا ماباه الفتوى في مسألة الفصل من اولها الى هذا الموضع ووراءه تصرف الأصحاب قالوا النص فيما نحن فيه أن يجب ارش النقص الحاصل بالحفر ولم يوجب التسوية لانه نص على ذلك فيما اذا غرس الارض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك واذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة فقلعها ونقلها نص أنه يلزمه تسوية الارض واختلفوا فيها على طريقتين (أحدهما) أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج (أحدهما) أن الواجب في الموضعين ارش

ما إذا كانت مواضع الأحجار تحتاج في تسويتها إلى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج أو تسويتها ببقية الأرض أو يعيد إلى تلك الحفرة التراب الذي أخذ منها بالقلع خاصة وإن لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر فانه لا تسوية فيه لا سيما إذا كان مواضع الحجارة حفراً كبيراً والتراب الذي فوق الحجارة يسير فإذا قلعت الحجارة بقي موضعها حفراً لا يسده ذلك التراب الذي فوقها ولا تتساوى ببقية الأرض فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية وفاء بمقتضى العقد وتسليم المعقود عليه على حاله وسواء في ذلك إذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب في الأرض أو حصل

النقصان لأن الزام التسوية تقابل فعل بمثله فصار كما إذا هدم جدار الغير لا يكلف بإعادة (والثاني) أن الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت ومهما أمكن التضمن بالمثل لا يصار إلى التضمن بالقيمة ويفارق هدم الجدار كما تقدم في البيع (والطريق الثاني) تقرير النصين وفرقوا بأن الغاصب متعد فغاط عليه الأمر بإيجاب الأرض لكن لامتنان لهذا الفرق لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر فلا يظهر زيادة تغليظ بإيجاب الأرض وأيضاً فانا إذا أوجبنا التسوية وبقي بعد التسوية نقصان مؤن الأرض يجب أرشه نص عليه الأئمة ولا يدمنه والا كان الضمان دون الفأنت وإذا أوجبنا أرش النقصان الباقي بعد التسوية مع التسوية لم يكن فيه تخفيف والله أعلم * وإذا نظرت في لفظ الكتاب أفهمك ظاهره انصراف الطريقين إلى شيء آخر وهو أن الواجب مجرد التسوية أم يجب مع التسوية أرش النقص الباقي لأنه قال فعليه رد التراب والأرض وأيضاً قال يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الأرض وأيضاً قال والاكتفاء بالتسوية في الموضعين أولى لكن الاعتماد على ما قلناه وإن كان المراد ما أشعر به ظاهره كما انتظم الوجه بقوله فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه لأن هذا المعنى لا يقتضي القناعة بالتسوية والاضراب عن أرش النقصان الباقي بعدها وانما هو توجيه القول الصائر إلى وجوب التسوية والفرق بين إعادة الجدار بعد هدمه وبين التسوية على ما مر فاذن يجب تأويل ظاهر الكتاب بأن يحمل قوله فعليه رد التراب على رده وتسليمه إلى المغصوب منه لا إلى الأرض ويكون معنى قوله والأرض لتسوية الحفر وقوله يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الأرض يؤمر بالتسوية ولا يكلف الأرض أو ما أشبه ذلك ويجوز أن يعلم - بالواو - وقوله في الكتاب وتسوية الحفر في مسألة بيع الأرض التي فيها حجارة مدفونة من كتاب البيع كما عرفت ههنا وكنا قد أحلنا شيئاً من الكلام فيه إلى هذا الموضع واعلم أن توجيه هذا الخلاف الذي شرحناه يقتضي طرده في طم البئر لكنهم سكتوا عنه وقوله وليس له أن ينقل التراب إلى ملكه يجوز اعلامه - بالواو - ولما سبق وقوله وله طمه وإن أباه

ولكن أجاز المشتري فإن الأجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها وعلى هذا لعدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغي أن يكون كتلف بعض العقود عليه وإن كان المراد القسم الثاني وهو أن تسويته ببقية الأرض فبعد لأنه لا يحصل بذلك إعادة المبيع إلى ما كان بل يتغير كله وإن كان المراد التسوية بالتراب المقلوع فإن لم يكف فبتراب جديد فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع إجازة المشتري العقد بعيد بل الذي يتجه أن يقال إن البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ومن ضرورته قلع الأحجار وإزالة التراب اللازم ثم إعادته على ما كان فإن لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام وإن حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار وعلمه بالحال فلا شيء له غير رد التراب لأن إجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب وإن جهل الحال فإن حصل ذلك قبل القبض ثبت له الخيار فإن فسخ فذاك وإن أجاز وجب التراب خاصة وإن كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال فإن العقد لم يتضمنه وجهل المشتري أثبت له الخيار فإذا أسقطه بالأجازة لم يبق له شيء آخر ثم التعيب الحاصل من القلع إن فرض غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع والمشتري قد رضي به لما ألزمه البائع بالقلع الذي ذلك التعيب من لوازمه فلا شيء له سواء

المالك أي لم يردده ولم يأذن فيه أما إذا صرح بالمنع مع الرضى باستدامة البئر فهو على الوجهين اللذين ذكرهما بعقبه وليعلم قوله وإن أباه - بالزاي - وقوله فإن أبرأه المالك أي عن ضمان التردى وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الأصحاب قال الإمام وليس المراد منه حقيقة الإبراء فإن الضمان حق عساه يثبت للتردى فكيف يرى عن حق الغير قبل ثبوته وإنما المراد الرضا بإبقاء البئر كما قدمناه *

قال ﴿ وإذا خصى العبد فعليه كمال قيمته ﴾ * فإن سقط ذلك العضو بأفة سماوية فلا شيء (و) عليه لأنه به تزيد قيمته * وكذلك إذا نقص السمن المفرط ولم ينقص من القيمة ﴿

إذا خصى العبد المفصوب فهو على القولين السابقين في أن جراح العبد هل تنقدر (إن قلنا) بالجديد وهو أنه تنقدر لزمه كمال القيمة (وإن قلنا) لا تنقدر فالواجب ما نقص من القيمة فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه ولو سقط ذلك العضو بأفة سماوية وزادت قيمته وردده فلا شيء عليه على القولين نعم قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجنابة أن يجب كمال القيمة فلو كان بالجارية سمن مفرط فزال ورجع إلى حد الاعتدال ولم تنقص قيمتها لم يلزمه شيء لأن السمن ليس له بدل مقدر بخلاف الاثنين ويجوز أن يعلم ما ذكرناه قوله فعليه كمال قيمته - بالواو - وكذا قوله فلا شيء عليه *

كان قبل القبض أم بعده ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبي حامد ومن وافقه في قولهم بان التسوية لا تجب مطلقاً قبل القبض وبعده لكنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهي أن إعادة التراب الزائل بالقاع واجبة والزائد على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنابة البائع (والأصح) أنها كآلة السماوية فيقتصر على إثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع في يد المشتري بالسرقه السابقة في يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية إن وقع بغير مطالبة المشتري وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر وفي مأخذ الخلاف في الارش ولزوم التسوية مزيد كلام مذکور في الغصب هذا كله اذا كان لذلك الزمان أجرة والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردي وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدار الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع (الحالة الثالثة) أن لا يكون في قلعها ضرر ويكون في تركها ضرر فيؤمر البائع بالقلع والنقل ويجبر عليه ولا خيار للمشتري كما لو اشترى داراً فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال أو كانت منسدة بالوعدة فقال أن بأصاحبه وأنها لا خيار للمشتري (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ثم ان الماوردي على عادته

قل ﴿ ولو عاد الزيت بالاغلاء الى نصفه ضمن مثل نصفه وان لم تنقص القيمة لأن له مثلاً • وكذا في اغلاء العصير • وقال ابن سريج لا يضمن في العصير لان الذاهب مائة غير متمولة بخلاف الزيت • ﴾

اذا غصب زيتاً أو دهناً فاغلاه فاما أن تنقص عينه أو قيمته أو كليهما أو لا ينقص واحد منهما فان نقصت عينه دون قيمته كما اذا غصب صاعين قيمتهما درهين فعاداً بالاغلاء الى صاع قيمته درهين ففيه وجهان (أحدهما) ويروى عن صاحب النخعي أنه يردده ولا غرم عليه لأن ما فيه من الزيادة والنقصان استند الى سبب واحد فيجبر النقصان بالزيادة (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يردده ويغرم مثل الصاع الذاهب لان الزيت بدلا مقدراً وهو المثل فصار كالمو جنى وخصى العبد والزيادة الحاصلة أثر محض لا يجبر به النقصان كما لا يستحق به العاصب شيئاً إذا لم يكن نقصان • وان نقصت قيمته دون عينه رده مع ارش النقصان • وان انتقصا جميعاً فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالاغلاء إلا إذا كان ما تنقص من القيمة أكثر مما تنقص من العين فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي وان لم ينقص واحد منهما رده ولا شيء عليه • ولو غصب عصيراً وأغلاه فهل هو كالزيت حتى يضمن مثل الذاهب إذا لم تنقص القيمة فيه وجهان (أحدهما) نعم وبه قال أبو علي الطبري لأنه مضمون بالغلي كالزيت (والثاني) لا وبه قال ابن سريج والفرق أن حلاوة العصير باقية والذاهب

لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال ثم القول في الاجرة وتسوية الارض على ماضي فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعي لم يحتج الي ذلك وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى (الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر فلم يشترى الخيار اذا كان جاهلاً فإن أجاز في الاجرة ولا رش مال ولا يستط خياره بأن يقول أطلع وأذرم الاجرة أو ارش النقص قال صاحب التهذيب ويحى فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة ولو رضي البائع بترك الاحجار في الارض سقط خيار المشتري ابقاء للعقد ثم ينظر إن اقتصر على قوله تركتها فهل هو تملك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة فيه وجهان حكاهما الرافعي وهما كالوجهين في ترك النخل علي الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تملك ليكون في مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة لا غير وبالأول أجاب الماوردي وينبني علي الوجهين مالو قلعها المشتري يوماً ما أو بدى للبائع في تركها هل يمكن من الرجوع والا كثرون أن له ذلك ويعود خيار المشتري وهو القياس وقال الماوردي والامام لا رجوع ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك قال الماوردي لانه يجري مجرى البراء الذي لا يجوز الرجوع فيه ولا يعتبر فيه القبول وادعى الامام

مائة ورطوبه لاقيمة لها والذهب من الزيت زيت متقوم وهذا أصح مما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي الروياني ومن قال به قطع بانه لا يضمن مثل العصير الذهب وايراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول وربما يقول من رجعه الذهب من الزيت المائيه أيضاً الا أن مائيته أقل وعلى هذا أن يعود الوجهان المذكوران في أنه هل يضمن مثل الزيت الذهب إذا لم تنقص القيمة والخلاف المذكور فيما إذا أغلى العصير يجرى فيما إذا صار خلا وانقص عينه دون قيمته وكذا إذا صار الرطب تمرًا •

قال ﴿ ولو هزلت الجارية ثم سمت • أو نسي الصنعة ثم تذكر • أو أبطل صنعة الاناء ثم أعاد مثله ففي حصول الجبر وجهان • ولو أعاد صنعة أخرى فلا ينجبر أصلاً • ﴾

نقصان المقصوب هل ينجبر بالكمال بعينه ينظر ان كان الكمال من الوجه الذي حصل فيه النقصان كما لو هزلت الجارية ثم سمت وعادت كما كانت ففيه وجهان (أحدهما) ينجبر ويسقط الغرم كما لو أبق العبد فهاد وكما لو جني على عين فابيضت ثم زال البياض (وأظهرهما) المنع لأن السمن الثاني غير الأول ويروى هذا عن الاصطخري والأول عن ابن أبي هريرة والوجهان عند القاضي أبي الطيب مبنيان على الخلاف فيما إذا قلع سن كبير وعاد وضعفه صاحب التتمة لأن عود سن الكبير نادر وعود السمن ليس بنادر فهو بعود سن الصغير أشبه وأجري الوجهان فيما إذا كان العبد المقصوب

أنه لا خلاف فيه وإن قال وهبتها منك فإن رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم من طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة وإنما المقصود دفع الفسخ وإن لم توجد شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة (وجهان) إن صححناها ففي إفادة الملك ما ذكرنا في الترك قال أكثر هذا الكلام الامام والرافعي رضي الله عنهما ولم يتعرض لأن المشتري يجبر على ذلك أولاً وقد قال القاضي أبو الطيب البائع إذا قال وهبت الحجارة ففي إجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما إذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالاولى فوهبها هل يجبر على قبولها فيه قولان (إن قلنا) لا يجبر فلانها هبة مجهولة فلا تصح وايضاً فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثاني) يجبر لأن بقبولها يزول الضرر (فان قلنا) لا يجبر فعلى البائع تحملها فان لم يسمح البائع بترك الاحجار ثبت للمشتري الفسخ فان فسخ رجع بالثمن وإن أقام فهل للبائع القطع نظر ان كانت الأرض بيضاء أو مغروسة بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ثم الحكم فيه يأتي ان شاء الله تعالى * وإن كانت مزروعة بزرع المشتري قال الماوردي فعلى البائع ترك الاحجار الى انقضاء مدة الزرع لأنه زرع غير متعبد به قلما يقطع قبل حصاده فاذا حصد المشتري زرعه قلع البائع حينئذ حجارته ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض

صانعاً فنسى الصنعة ثم تذكرها أو تعلمها ومنهم من قطع ههنا بالانجبار لأن السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان وتذكر الصنعة لا يعد في العرف شيئاً متجدداً والظاهر ههنا الانجبار سواء ثبت الخلاف أم لا ومنهم من قطع في السمن بعدم الانجبار وخص الخلاف بالصورة الثانية وحكاه في التهذيب عن صاحب التلخيص وإذا قلنا بالانجبار فلو لم تبلغ القيمة بالعائد إلى القيمة الأولى ضمن ما بقي من النقصان وانجبر ماوراءه بما عاد ويجرى الخلاف فيما إذا كسر الحلي والأثناء المغصوبين ثم أعاد تلك الصنعة ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب وجهان - بالواو - للطريقة القاطعة بعدم الانجبار بعود السمن وبالايجبار في تذكر الصنعة وإن كان الكمال من وجه آخر بان نسي صنعة وتعلم أخرى أو أبطل صنعة الأثناء وأحدث صنعة أخرى فلا انجبار بحال وعلى هذا لو تكرر النقصان وكان الناقص كل مرة مغايراً للنوع الناقص في المرة الأخرى ضمن الكل حتى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت القيمة ألفاً وتعلمت صنعة فبلغت القيمة ألفين ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها إلى مائة يرد لها ويفرم ألفاً وتسعمائة ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها ثم علمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضاً ضمنها وإن لم تكن مغايرة كما إذا علمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مراراً وهو ينساها في كل مرة (فان قلنا) لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان كل مرة (وإن قلنا) يحصل ضمن أكثر المرات نقصاناً *

وتسوية الارض ووافقه صاحب التهذيب فقال اذا كان فوق الاحجار درع للبائع أو للمشتري فانه يترك الى أو ان الحصاد لان له غاية بخلاف الغراس قال الرافعي ومنهم من سوى بينه وبين الغراس *

﴿ فرع ﴾ تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع اليه فلو تقاعد عنه كان للمشتري الخيار قال ابن الرفعة وقد يقال بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالي وغيره تبعاً لظاهر النص يعني في وجوب تسوية الارض على البائع لان في ذلك محافظة على اتمام العقد *

﴿ فرع ﴾ في هذه الحالة فاما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه اذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فان للبائع قلع حجارته مطلقاً ثم لا يخلو إما ان يكون ذلك الغراس متقدماً على البيع قد دخل واما أن يكون المشتري استجده فان كان متقدماً فان قلعها بعد القبض فعليه الاجرة على الصحيح وارش النقص وتسوية الارض على ما تقدم وتعيب الاشجار بالاحجار

﴿ فرع ﴾ لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيته نقل القاضي الروياني عن النص انه لا يضمن النقصان لأنه غير محترم والمضمون الزيادة المحترمة وعن بعض الأصحاب أنه يغرمه ولهذا لو قتل عبداً مضمناً يغرم قيمته قال وهو الاختيار *

﴿ فرع ﴾ مرض العبد المغصوب ثم برى وزال أثر المرض لاشيء عليه مع رده وفيه وجه بعيد أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض ولا يسقط عنه بالبرء وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً ثم برى وزال الأثر *

﴿ فرع ﴾ غصب شجرة فتحات ورقها ثم أوردت أو شاة فجز صوفها ثم نبت غرم الاول ولا ينجر بالثاني بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت أو انمط شعرها ثم نبت يحصل الانجبار قاله في التهذيب لان الورق والصوف متقومان فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقومين وانما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانها وقد زال *

قال ﴿ ولو غصب عصيراً شمر خمرأ ضمن مثل العصير لفوات المالية ﴾ ولو صار خلافاً لاصح أنه يرد مع أرش النقصان إن كان الخل أنقص قيمة • وقيل يغرم مثل العصير ويرد الخل وهو رزق جديد كالسمن العائد • وكذا الخلاف في البيض إذا تفرخ • والبذر إذا زرع • والاصح الاكتفاء به فانه استحالة إلى زيادة • ولو غصب خمرأ فتخلل في يده • أو جلد ميتة فدبغه فالاصح أن الخل (ح) والجلد للمغصوب منه • وقيل بل للغاصب فانه حصل بفعله مما لامالية للمالك فيه *

تكتسب الارض في اثبات الخيار وسائر الاحكام وان كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا ارش
النقص على ما تقدم وقد مر في مثله كلام الرافعي ومن وافقه وفي الاجرة وجهان (أصحهما) لا ولو
سمح البائع بترك الاحجار وكان القلع والترك يضران ففي ثبوت الخيار وجهان حكاهما المحاملي
(أصحهما) الثبوت لانه ابتاع أرضاً على ان فيها غراساً فاذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص
وضرر هكذا قال وفي نظيرها فيما اذا كانت الارض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار وقال
الامام في الارض المغروسة فيما اذا كان القلع يضر دون الترك وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب
الغراس بالقلع لان الائمة اجمعوا على ان الخيار يبطل وان كان الغراس احده المشتري بعد الشراء

في باقى الفصل مسألتان (أحدهما) إذا غصب عصيراً فتخمر عنده كان المفصوب منه تضمينه
مثل العصير لفوات المالية وذكروا أن على الغاصب اراقة الخمر فلو جمعت محترمة كما لو تخمرت في يد
المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزاً ولو تخللت في يد الغاصب فوجهان (أصحهما) أن الخل
للمالك وعلى الغاصب أرش النقصان ان كانت قيمة الخل أنقص (والثاني) أنه يغرم مثل العصير لانه
بالتخمير كالتالف وعلى هذا ففي الخل وجهان (أحدهما) أنه للغاصب كما لو غصب الخمر فتخللت
يكون الخل للغاصب على وجه (وأظهرهما) أنه للمالك لانه فرع ملكه ويجوز أن يكون الخل له
ولا يسقط الضمان اللازم قبل التخلل كما في السمن العائد على أحد الوجهين ويجرى هذا الخلاف فيما
إذا غصب بيضة فتفرخت عنده أو بذراً فزرعه فنبت أو بزر قر فصار قرأً فعلى الأصح الحاصل للمالك
ولا يغرم الغاصب شيئاً إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه لأن المفصوب قد عاد اليه زائداً
وعلى الثاني يغرم المفصوب لهلاكه والحاصل للمالك في أظهر الوجهين وللغاصب في الآخر وبه قال أبو
حنيفة والمزني ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله ويرد الخل - بالواو - (وقوله) والأصح الاكتفاء به - بالحاء
والزاي - لأن اكتفاء المالك مفرع على أنه له وهما لا يجمعان الحاصل له ثم الاكتفاء فيما إذا لم يكن
الحاصل نقص وهو الغالب (الثانية) إذا غصب خمرأً فتخللت في يده أو جلد ميتة فدبغه فوجهان
(أصحهما) أن الخل والجلد المفصوب منه لانه فرع ملكه فعلى هذا إذا تلف في يده غرمه (والثاني)
أنهما للغاصب لحصولهما عنده بما ليس بمال وفي المسألة طريقان آخران (أحدهما) القطع بأن الخل للمالك
وتخصيص الوجهين بالجلد لأن الجلد صار مالا بفعله والخمر تخللت بنفسها (والثاني) القطع بأن الجلد
للمالك وتخصيص الوجهين بالخل لأن جلد الميتة يقتنى والخمر التي غصبها لا يجوز اقتناؤها فان كانت الخمر
محترمة كانت كجلد الميتة واذا جمعت الطارق واختصرت قلت هما للمالك أو للغاصب أو الخل للمالك
والجلد للغاصب أو بالعكس فيه أربعة أوجه واذا حكمنا بأنها للمالك وذلك فيما إذا لم يكن المالك معرضاً

فان احده عالمًا بالاحجار فالبائع قلع الاحجار وائس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشتري وان احده جاهل ففي ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشئ من ايداعه الاحجار في الارض (والاصح) انه لا يثبت الرجوع الضرر الى غير المبيع وبنائها القاضي حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة قال الروياني فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر وسمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له فان كانت الارض تنقص بالحجارة أيضاً فان لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصاناً في الارض فله القلع والفسخ وان أورث القلع أو الغرس نقصاناً فلا خيار في الفسخ اذ لا يجوز لرد المبيع ناقصاً ولكن ياخذ الارش واذا قلع البائع

عن الحجر والجلد (وأما) إذا كان قد أرق الحجر أو اتى جلد الشاة الميتة فأخذها أحد هل للمعرض استرداد الحاصل فيه وجهان لأنه أبطل اختصاصه باللقاء (وقوله) في الكتاب فانه حصل بفعله فيما لامالية للمالك فيه هذا في الجلد ظاهر وفي الحجر كأنه يعني به الحفظ والامساك الى أن تتخلل *
قال الزاني في الزيادة فاذا غصب حنطة فطحنها * أو ثوباً فقصره * أو خاطه * أو طيناً فضر به لبناً * أو شاة فذبحها وشواها لم يملك (ح) شيئاً من ذلك * بل يرده على حاله وأرش النقص ان نقص * وان غصب نقرة فصاغها حلياً ردها كذلك * ولو كسره ضمن الصنعة وان كانت من جهته لأنها صارت تابعة للنقرة * فان أجبره المالك على رده الى النقرة فله ذلك ولا يضمن أرش الصنعة * ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر *

الزيادة في المغصوب تنقسم الى آثار محضة والى أعيان (أما القسم الأول) فالقول الجلي فيه أن الغاصب لا يستحق بتلك لزيادة شيئاً لتعديده ثم ينظر ان لم يمكن رده الى الحالة الأولى رده بحاله وأرش النقص وان نقصت قيمته وان أمكن رده الى الحالة الأولى فان رضى به المالك لم يكن للغاصب رده الى ما كان وعليه أرش النقص ان كان فيه نقص الا أن يكون له غرض في الرد الى الحالة الأولى فله الرد وان ألزمه الرد الى الحالة الأولى لزمه ذلك وأرش النقص ان نقص عما كان قبل تلك الزيادة * اذا تقرر ذلك فمن صور هذا القسم طحن الحنطة وقصارة الثوب وخياطته وضرب الطين لبناً وذبح الشاة وشيها ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات بل يردها مع أرش النقص ان نقصت القيمة وقد ذكرنا خلاف أبي حنيفة وانما تكون الخياطة من هذا القسم اذا خاط بخيط المالك (أما) اذا كان الخيط للغاصب فستأني نظائره في الطحن والقصارة والذبح والشئ لا يمكن الرد الى ما كان وكذا في شق الثوب وكسر الاناء ولا يجبر على رفع الثوب واصلاح الاناء لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفاء والاصلاح وعن مالك أنه يجبر عليها كما في تسوية الحفر ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص ان نقص

الاجبار فانتقص الغراس فعليه ارش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعي وقال المحاملي لافرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشتري وقال الماوردي وإن كان الغراس استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون إلا بعد القبض فيلزمه يعني البائع الاجرة ونقص الغراس وتسوية الارض والتفصيل الذي قاله الرافعي أولى وما قاله الماوردي من أن ذلك لا يكون إلا بعد القبض وكذلك قال في الزرع فكان ذلك محمول على الغالب والا فيمكن أن يحصل للمشتري في الارض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع وحينئذ يعود الكلام في وجوب الاجرة وجميع ما سبق من الاحكام التي تختلف قبل القبض وبعده وأما ارش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير لان الغراس

ولو نتج الغزل المغصوب فالسكر باس للمالك مع أرش النقص ان فرض نقص وليس للمالك اجباره على تقضه ان كان لا يمكن رده الى الحالة الأولى ونسجه ثانياً وان أمكن كالخز فله اجباره عليه فان تقضه وتقصت قيمته عن قيمة الغزل في الأصل غرمه ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسج وفات بالنقص لأن المالك أمره بذلك فان تقض من غير اذن المالك ضمنه أيضاً ولو غصب نقرة وضربها دراهم أو صاغ منها حلياً أو غصب نحاساً أو زجاجاً واتخذ منه اناء فان رضى المالك به رده كذلك وان لم يكن له رده الى الحالة الاولى الا أن يكون ضرب الدراهم بغير اذن السلطان أو على غير عياره لأنه حينئذ يخاف التفرير *

قال ﴿ ولو غصب ثوباً قيمته عشرة وصبغه بصبغ قيمته عشرة فصارت قيمة الثوب عشرين فهما شريكان ﴾ فيباع ويقسم الثمن بينهما * فان وجد زبون يشتري بثلاثين صرف إلى كل واحد خمسة عشر * وان عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبغ حسب النقصان على الصبغ * وان عاد إلى ثمانية ضاع الصبغ وغرم الغاصب درهمين * وكذا القول في ثبوت الشركة اذا طير الريح الثوب الى اجانة صباغ * أو صبغ الثوب المغصوب بصبغ مغصوب من غيره * فان قبل الصبغ الفصل أجبر الغاصب على فصله كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به * وقال ابن سريج لا يجبر على فصل الصبغ ان كان يضيع بالفصل أولاً تفي قيمته بما يحدث في الثوب من نقصان بسبب الفصل * ومهما طولب بالفصل وكان يستضر به فلو تركه على المالك أجبر على قبوله في وجهه كالنعل في الدابة المردودة بالعيب * وان لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول * ولو بذل المالك قيمة الصبغ لم يكن له أن يملك عليه فان بيع الثوب للخلاص من الشركة سهل * بخلاف المعبر بتملك بناء المستعير ببدل لأن بيع العقار عسير * ومهما رغب المالك في بيع الثوب أجبر الغاصب على بيع الصبغ ليصل كل واحد الى الثمن * فان رغب الغاصب في اجبار المالك وجهان *

ليس بمتبيع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض وهذه الاحكام التي ذكرتها في الغراس والزرع ذكرها
المأوردى في هذه الحالة الرابعة والرافعى ذكرها ذكر مالا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتى
في غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع في الحالة الاولى أو في الحالة الثالثة فان القلع يكون جائزاً
للبائع ويأتى فيه من التفصيل ما ذكره هنا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ تكلم الامام وقوله القاضي حسين في أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع وعلى
الغاصب اذا حفر في الارض المنصوبة ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده وإنما أوجبوا الارش
وأجابا عنه بان طم الحفر لا يكاد يتفاوت وبنیان الابنية يختلف ويتفاوت فشبه ذلك بذوات الامثال

القسم الثانى الأعيان فمن صورته صبغ الثوب المغسوب وتقدم عليه صورتين مقصودتين في
نفسهما ويحتاج اليهما في مسألة الصبغ (احدهما) اذا غصب أرضاً وبنى فيها أو غرس أو زرع كان
لصاحب الأرض أن يكلفه القلع قال صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » (١) وعن أحمد أنه
لا يكلف قلع الزرع مجاناً لأن له غاية تنتظر ولا يمكن نحر صاحب الأرض بين أن يبقيه بأجرة وبين
أن يتملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله ولو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه فانه عين ماله
واذا قلع فعليه الأجرة وفي وجوب التسوية أو الارش ما قدمناه في نقل التراب وان نقصت الارض
اطول مدة الغراس فيجمع بين أجرة المثل وأرش النقص أولاً يجب الا أكثرهما فيه الخلاف
المذكور فيما اذا ابلى الثوب بالاستعمال ولو أراد صاحب الأرض أن يتملك البناء أو الغراس بالقيمة
أو تبقيتهما أو الزرع بالأجرة هل على الغاصب اجابته قال في التتمة فيه وجهان (أحدهما) نعم

(١) حديث ﴿ ليس لعرق ظالم حق أبو داود من حديث سعيد بن زيد في آخر الحديث
الذى قبل هذا ورواه النسائي والترمذي وأعله الترمذي بالارسال ورجح المدارقة طنى إرساله أيضاً واختلف
فيه على هشام بن عروة اختلافاً كثيراً ورواه أبو داود الطيالسى من حديث عائشة وفي إسناده ذمعة
وهو ضعيف ورواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهوية في مسنديهما من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو
ابن عوف عن أبيه عن جده وعلقه البخارى بقوله ويروى عن عمرو بن عوف ورواه البيهقي من
حديث الحسن بن سمره والطبرانى من حديث عبادة وعبد الله بن عمرو (تنبيه) قوله لعرق ظالم
هو بالتوين وبه جزم الأزهرى وابن فارس وغيرها وغلط الخطائى من رواه بالاضافة (تنبيه)
آخر قل أبو عبيد في كتاب الأموال جاء ما يخالف ذلك ثم أخرج ما أخرجه أبو داود والترمذي من
حديث رافع بن خديج مرفوعاً من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته
ورواه ابن أئمن في مصنفه بلفظ أن رجلاً غصب رجلاً فزرع فيها فارتفعوا إلى النبي ﷺ فقضى لصاحب
الأرض بالزرع وقضى للغاصب بالنفقة *

وهذا بذوات الفيم حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وامكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كظم الحفر *

(فرع) ذكره المحاملي هنا قال أبو اسحق اذا باع عبداً فقال المشتري هو آبق وقال البائع أنا أحضره الساعة وأحضره لم يكن للمشتري خيار (قالت) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا اشترط البائع الابق ثم أبق في يد البائع قبل القبض فاذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار *

من ذلك الامام في آخ كلاً كالضابط لما تقدم انه مهما فرض ضرر لا يندفع فان كان المشتري عالماً فلا خيار والارش فان كان جاهلاً ثبت الخيار فان فسخ فذلك وان أراد وإراد إلزام البائع ارش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر وكان الضرر في تركه وتقله ففي الارش الاوجه من جهة أن المشتري يجد خلاصها بالفسخ فهو كالاطلاعه حالة العقد وان النقص ظهر بعد العقد بفعل من شؤه البائع اما قبل القبض أو بعده مستند الى سبب متقدم كقتل العبد المرتد وان

كالاستعير وبل أولى فان الغاصب متعد (وأظهرها) المنع لتمكنه من القلع بلا غرامة بخلاف المعير وهذه ما ذكره الامام حكاية عن القاضي الحسين * ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً وزرعها به فللمالك أن يكلفه اخراج البذر من الأرض ويغرمه أرش النقصان وليس للغاصب اخراجه اذا رضى المالك (الثانية) اذا زوق الدار المغصوبة نظران كان بحيث لو نزع حصل منه شيء فللمالك اجباره على النزع وان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع هل يجبر المالك على قبوله فيه وجهان نشرحهما في مسألة الصبغ ولو أراد الغاصب نزع فله ذلك لأنه عين ماله ولا فرق بين أن يكون للمزوع قيمة أولاً يكون فاذا نزع فنقصت الدار عما كانت قبل التزويق لزمه الارش وان كان التزويق محض تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع ان رضى المالك وهل له اجباره عليه فيه وجهان (أحدهما) نعم لانه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بازالته (والثاني) لا كما في الثوب اذا قصر وقال في التهذيب وهو الأصح * اذا عرفت ذلك عدنا الى الصبغ وقلنا للصبغ الذي يصبغ به الثوب أحوال (أن يكون) للغاصب فينظر ان كان الحاصل تمويهاً محضاً فالحكم على ما ذكرنا في التزويق وان حصل بالانصباع عين مال فيه فاما أن لا يمكن فصله عنه أو يمكن (القسم الاول) اذا لم يمكن فصله عنه فعن صاحب التقریب حكاية قول عن القديم أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهاً له بالسمن (والمذهب) المشهور أنه ليس له ذلك لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب لانه عين مال له انضم الى ملك المغصوب منه بخلاف السمن وبخلاف القصارة والطحن ونحوهما فانها آثار محضة وحينئذ ينظر ان كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وهو

تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ومنهم من يقطع بتغريمه في هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطيل المنافع من غير تنص في رقبة المبيع وقد ذكر الخلاف في الأجرة فما لوجه ترتبها والفرق لأنح فان المنافع ليست معقوداً عليها ولو قيل القدر الذي يفرغ البائع فيه للمبيع غير داخل في استحقاق المشتري لم يكن بعيداً والمبيع كله مستحق للمشتري باجزائه وصفاته •

(فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض وتجب بعده وإن ذلك قول أبي إسحق البروزي على ما نقل أبو الطيب وفي البحر قال الماسرخسي قال إسحق في بغداد قبل خروجه إلى مصر له الأجرة يعني قبل القبض قال القاضي الطبري وهذا محتمل عندي لأنه نص في البويطي على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والإجازة مع الارش فإذا نص في الارش فلاجرة مثله وبني القفل ذلك على أن جنابة البائع كآلة السماوية أو كجنابة الاجنبي •

يساوي بعد الصبغ عشرين فهو بينهما بالسوية حتي لو وجدا راغباً باعاه منه بثلاثين فهي بينهما وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمتهما بأن عاد الثوب مصبوغاً والتصوير كما سبق إلى خمسة عشر أطلق الاكثرون بأن النقصان محسوب من الصبغ لأن الأصل هو الثوب والصبغ وإن كان عيناً كالصفة التابعة للثوب فيكون الثوب المصبوغ بينهما اثلاثاً الثلثان للمصوب منه والثلث للغاصب وفي الشامل والتممة انه ان كان النقصان لانخفاض سوق الثياب فالنقصان محسوب من الثوب وإن كان لانخفاض سوق الاصباغ فمن الصبغ وكذا لو كان النقصان بسبب العمل لأن صاحب الصبغ هو الذي عمل ويمكن ان يكون اطلاق من اطلاق منزلاً على هذا التفصيل وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة انحق الصبغ ولا حق فيه للغاصب وإن تراجعت القيمة وكان الثوب مصبوغاً يساوي ثمانية فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان فيرده مع درهمين وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً عن قيمتها قبل الصبغ بأن بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة فمن أطلق الجواب في طرف النقصان أطلق القول ههنا بأن الزيادة بينهما على نسبة مالیهما ومن فصل قال ان كان ذلك لارتفاع سوق الثياب فالزيادة لصاحب الثوب وإن كان لارتفاع سوق الاصباغ فهي للغاصب وإن كان للعمل والصنعة فهي بينهما لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلم للمصوب منه (القسم الثاني) إذا أمكن فصله من الثوب (فعن) صاحب التقریب نقلاً عن القديم انه ان كان المفصول لا قيمة له فهو كالسمن (والذهب) انه ليس كالسمن وانه لا يفوز به المصوب منه

﴿ فرع ﴾ تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة وإن الاجرة والارض يفصل فهما بين ما قبل القبض وبعده وهل يثبت خيار المشتري بنقص الارض بالقلع تقدم عن الماوردي فيما قبل القبض انه يثبت وذلك ظاهر لانه عيب حدث قبل القبض وقال الروياني انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضاً لان سببه كن موجوداً قبل القبض *

﴿ فرع ﴾ اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا كانت الارض المذكورة مشتملة على شجر داخل في البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر فالحكم في التسوية والاجرة على ما تقدم وفي ارش النقص طرق حكاهما الروياني (أحدها) لارش لانه رضى بالنقص وقال أبو اسحق هو كلاجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم وقل ابن سريج بعد القبض يلزم قولاً واحداً وقبله قولان وقال بعض أصحابنا بخراسان فيه وجهان قبل القبض وبعده والاصح أنه يجب *

هل يملك اجبار الغاصب على فصله فيه وجهان (أحدهما) نعم كما يملك اجباره على اخراج الغراس ويحكي هذا عن ابن خيران وأبي اسحق في الزيادات على الشرح (والثاني) لا وبه قال ابن سريج لما فيه من الضرر بخلاف الغراس فانه لا يضيع بالاخراج ولان الارض بالقلع تعود الى ما كانت والثوب لا يعود ولأن الأشجار تنتشر عروقها واغصانها فيخاف ضررها في المستقبل وهذا اظهر عند أصحابنا العراقيين وقال صاحب التهذيب في طائفة الاول اصح وكذا ذكره الامام وحكى قطع المرازمة به وان موضع الوجهين ما اذا كان الغاصب ينحسر بالفصل خسراناً بينا وذلك قد يكون لضياع المنفصل بالكلية وقد يكون لحقارته بالاضافة الى قيمة الصبغ ومن جملة الضياع ان يحصل في الثوب نقصان بسبب الفصل لا يفي بارشه قيمة المفصول ولورضى المغموب منه ببقاء الصبغ واراد الغاصب فصله فله ذلك ان لم ينتقص الثوب وان انتقص قال الامام يبنى على الخلاف في ان المنصوب منه هل يجبره على الفصل (ان قلنا) لالم يفصله (وان قلنا) نعم فله ذلك وهو الاظهر ويحكي الاول عن ابي الطيب بن سلمة وان تراضيا على ترك الصبغ بحاله فهما شريكان وكيفية الشركة كما بينا في القسم الاول ثم الكلام في فروع (أحدها) لو ترك الغاصب الصبغ على المالك ففي اجباره على القبول وجهان ووجه الاجبار صيرورته كالصفة التابعة للثوب وايضاً فان المشتري اذا انعل الدابة ثم اطاع على عيها فردها مع النعل لكان يعيها لوزع النعل يجبر البائع على القبول ووجه المنع القياس الظاهر ويدل عليه أنه لا جبر على قبول البناء والغراس اذا تركه الغاصب وذكر القاضي الروياني ان الاول ظاهر المذهب لكن الثاني اقيس واشبه ويخالف مسألة النعل لان الغاصب متعدد والمشتري غير متعدى على انه لو الحق بما اذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته ثم اطاع على عييه فرده مساحاً بالصبغ لكان اقرب

(فرع) قال الروياني فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر واختار البائع الترك لاختيار المشتري وهل تملك بالترك على ما تقدم وقال القفال لو قلع المشتري تلك الاحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الاحجار وجهان مبنيان على مالو أناف حنطة فلم يوجد مثلها ففرم المثل ثم وجد المثل هل له رد القيمة ومطالبة بالمثل وجهان وان اختار القلع فالمشتري الخيار لانه يضر بالمبيع ولا فرق بين أن يقول له البائع أنا أعطيتك أرش النقص أو لم يقل وليس كما إذا اختار الترك فإنه لا نقص في الترك فان اختار المشتري الامساك فالحكم في التسوية والاجرة وأرش النقص على ماضي *

(فرع) إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ثم إن كان قلع الاحجار وتركها مضر ان فللبائع القلع والمشتري المطالبة به ثم إذا قلع قال الروياني يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً لانه حول ملكه عن الارض بادخال النقص على الغير فان كان مراد الروياني نقص الارض فظاهر وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر فانه متعمد بالغرس والله أعلم وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الروياني فعليه أرش النقص قولاً واحداً والكلام فيه كما تقدم وليس مراده إلا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال كم يساوي هذا الشجر ولا نقص فيقال مائة فيقال وكم يساوي وبه هذا النقص

لما مر من أن الصبغ يصير ملكاً للبائع (فأما) في مسألة النعل فانه يجبر على قبول النعل وفي دخول النعل في ملكه اختلاف مذكور في موضعه وذكر الامام في الفرع شيئين (أحدهما) ان في موضع الوجهين طريقتين (أحدهما) أنهما مطردان فيما إذا أمكن فصل الصبغ وفيما إذا لم يمكن (وأظهرهما) التخصيص بما إذا أمكن وقلنا ان الغاصب يجبر على الفصل والافهما شر يكافى لا يجبر واحد منهما على قبول الهبة من الآخر وعلى هذا فطر يقان (أحدهما) ان الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل إما لما يناله من التعب أو لأن المفصول يضيع كله أو معظمه فان لم يكن كذلك لم يلزمه القبول بحال (والثاني) ان الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصاً لا يفي بارش قيمته الصبغ المفصول فان وفي لم يلزمه القبول وان تعيب أوضاع معظم المفصول (والثاني) إذا قلنا بلزوم القبول على المغصوب منه فلا حاجة الى تلفظه بالقبول (وأما) من جهة الغاصب فلا بد من لفظ يشعر بقطع الحق كقوله أعرضت عنه أو تركته اليه أو أبرأته عن حق أو أسقطته قال ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك (الثاني) لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ وأراد أن يتملكه على الغاصب هل يجاب اليه فيه وجهان سواء كان الصبغ مما يمكن فصله أو مما لا يمكن (أحدهما) نعم ويجبر الغاصب على قبوله لينفصل الامر بينهما وقد شبه ذلك بما إذا رجع المعير وقد نبى المستعير أو غرس فان له أن يتملكه عليه بالقيمة وبهذا قال أبو حنيفة (وأظهرهما)

فيقال تسعون فيقول نقص العشر فتلزم حصته من القيمة وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري فعلى ما ذكرنا •

﴿ فرع ﴾ قال الروياني وغيره ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أشجار يعنى والمشتري جاهل بها فليس للبائع أن يقام الأجر مالم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع وان الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار إليه •

﴿ فرع ﴾ قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدم أن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر يريد به ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ومعناه ولا يلزمه أرش النقص واختلاف الأصحاب في ذلك على طريقتين منهم من قال يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما ومنهم من قال يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعد وان الغاصب فيلزمه الارش بخلاف البائع فيلزمه التسوية •

﴿ فرع ﴾ زرع المشتري الارض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قلعها هلاك الزرع لم يمكن البائع من قلعها لان للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الفراس قاله صاحب التتمة وغيره ونص عليه الشافعي رضي الله عنه وكذلك فيما إذا علم المشتري بالحجارة وترك البائع القلع ثم أراده بعد زرع

وهو المذكور في الكتاب المنع ويفارق مسألة العارية لان المعير لا يتمكن من القلع مجانا فكان محتاجا الى التملك بالقيمة وههنا بخلافه وأيضاً فان بيع العقار عسير وبيع الثوب سهل وبه يحصل الخلاص من الشركة وفي التتمة أنه ان كان الصبغ بحيث لو فصل حصل منه شيء ينتفع به ففي تملك المغصوب منه الوجهان المذكوران في الفراس والبناء وان كان لا يحصل منه شيء فله تملكه لا محالة فيتولد من هذا وجه ثالث فارق (الثالث) متى اشتركا في الثوب المصبوغ فهل لأحدهما الانفراد ببيع ما يملكه منه جعله الامام على الوجهين في بيع دار لا يمر لها لانه لا يتأتى الانتفاع بأحدهما دون الآخر (والأظهر) المنع فلورغب مالك الثوب في البيع ففي المذهب والتهذيب أنه يباع ويجبر الغاصب على موافقته ووجهه أن المالك ان لم يتمكن من بيع الثوب وحده فامتناع الغاصب منعه له من بيع ماله وان تمكن فلا شك في عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه والغاصب متعد فليس له الاضرار بالمالك بالمنع من البيع وتفسيره وان رغب الغاصب في البيع ففي اجبار المالك على موافقته وجهان (أحدهما) يجبر تسوية بين الشريكين ليصل كل واحد منهما الى عين ملكه (وأظهرها) المنع كيلا يستحق المتعدي بتعديه ازالة ملك غير المتعدي وفي النهاية أن واحداً منهما لا يجبر على موافقة الآخر على قياس الشركة في الأموال (الحالة الثانية) أن يكون الصبغ مغصوباً من غير مالك الثوب ايضاً فان لم يحدث بفعله نقصان

المشتري لم يكن له ذلك حتى يحمده المشتري كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه قال الرافعي ومن الاصحاب من يسوى في الحالتين بينه وبين الغراس •

(فرع) شبه المتولي الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما إذا باع الشجرة وبقي لنفسه ثمرة فحدث ثمرة أخرى واختلص بها فمن قال ذلك يجعل الحادثة كالبيعة في حكم الاختلاط قال ههنا ان الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الأشجار المشتراة يعني لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها فحملنا الضرر الذي يلحقه في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع قال وأصل المسألتين إذا اشترى جارية فوطئها ثم استجنت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا فعلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطء فإذا لم يسلم يرجع عليه وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه والثمار الحادثة فحملنا الحال الحاصل في واحد منهما كالحال في عين المبيع وفرض المتولى المسألة فيما إذا كان قلعها يضر بالغراس وتركها لا يضر وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقاً •

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجريفي في المسائل لما ذكر الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل الحجارة وبنائها على أن جناية البائع كالأمة السماوية وجناية الأجنبي

ولا غرم على الغاصب وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في الغاصب والمالك وإن حدث نظر إن كانت قيمته مصبوغة عشرة والتصوير كما تقدم فهو لصاحب الثوب ويغرم الغاصب الصبغ الآخر وإن كانت قيمته خمسة عشر روي صاحب التهذيب أن الثوب بينهما بالسوية ويرجعان على الغاصب بخمسة قال والقياس أن يكون بينهما أثلاً كما مر في الحالة الأولى بهذا ما ذكره غيره وهو الحق فإن كان مما يمكن فصله فلهما تكليف الغاصب الفصل فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب وصاحب الثوب وددء طالب الفصل أيضاً إذا قلنا إن المالك يجبر الغاصب على الفصل في الحالة الأولى وهذا إذا حصل بالانصباع عين مال في الثوب فإن لم يحصل إلا بمؤنة فالحكم ما بيننا في التزويق ويقاس بما ذكرنا في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طير الريح ثوب انسان في اجانة صباغ ونصبغ لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما إذ لا تعدى ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة فعلى ما تقدم (الحالة الثالثة) أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً فإن لم يحدث بفعله نقصان فهو للمالك ولا غرم على الغاصب ولا شيء له إن زادت القيمة لأن الموجود منه أثر محض وإن حدث بفعله نقصان غرم الارش وإذا أمكن الفصل فللمالك اجباره عليه وليس للغاصب الفصل إذا رضى المالك (واعلم) أن المذكور في

قال فان قيل القبض هنا حاصل والمذهب لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي وإنما القولان قبل القبض (قلنا) البائع إذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فذلك أحقها بالحالة الأولى وهذا الذي قاله الشيخ قد تقدمت الإشارة إليه ولكي أحببت نقله من كلامه *

﴿ فرع ﴾ من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به قال الامام وليس لقائل أن يقول في حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع وقيامما بتسليم الأرض والأشجار له *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي رحمه الله لو باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق وان كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع بل لا حريم لمثل هذه الدار كذا ذكرها الرافعي (١) إذا قال بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس وكل ماله من النبات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض وقال الغزالي إن الأظهر عدم الدخول جريا على قاعدته (وأما) على المذهب فانه يدخل ولو قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فان البستان وان كان قد يخلو عن البناء ولكنه

(١) يياض بالأصل

الكتاب هو الحالة الأولى وفي أثنائها تعرض للثانية (وقوله) في أول الفصل فلها شر يكان يجوز اعلامه - بالواو - لما حكى عن القديم من تنزيله منزلة السمن (وقوله) فيبيع ليس المراد منه البيع القهري وإنما الغرض ههنا أنه اذا بيع كان الثمن بينهما كما كان الثوب مشتركا بينهما ثم ان رضيا بالبيع فذاك والا فهل يجبر أحدهما الآخر فيه ما قد عرفت (وقوله) وان عاد الثوب الى خمسة عشر بالصبيغ يمكن أن يفهم من قوله بالصبيغ الاحتراز عما اذا كان النقصان بسبب تراجع الاسواق فان النقصان حينئذ لا يحسب من الصبيغ اذا كان التراجع في الثياب على ما حكيناه عن الشامل والتممة (وقوله) وكذا القول في ثبوت الشركة اذا طيرت الريح الثوب انما قال في ثبوت الشركة ولم يقل وكذا القول فيما اذا طيرت الريح الثوب لأن الصورتين اللتين ذكرهما ليستا كما اذا صبغ الثوب المصبوغ بصبيغ نفسه في جميع الأحكام المذكورة اذ لو رجع الثوب مصبوغا الى ثمانية لا يغرم صاحب الاجانة شيئا وإنما الصورتان كتمام الصورة في ثبوت الشركة فيهما حيث ثبتت الشركة فيهما ويوزن أن يعلم - بالواو - لان قياس القول القديم أن يفوز صاحب الثوب بالصبيغ في الصورتين ولا تثبت الشركة (وقوله) كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به أشار بقوله وان نقص زرعه به الى أنه لا عبرة بما تعرض في الصبيغ من ضرر بسبب انتشاره وتمدده كالأعيرة بنقصان الزرع (وقوله) ومهما طول بالفصل وكان يستضر به (وقوله) بعد ذلك وان

إذا كان مشتملا عليه تناول اسمه جميع ذلك وهو كلاحتمال الذي في دخول الشجر في بيع الدار وهو ههنا أقوى لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالبا ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك بل هي من جملة الأبنية فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه ولا مساعد عليه عند الأكثرين هذا والماوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل والرويانى في البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق وان بعض أصحابنا قال يدخل الجدار المحيط قولاً واحداً وهو ضعيف عندي وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان وهو الذي يقتضيه العرف لا سيما في بلادنا هذه التي الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والاعلاق لشبه المساكن قال الامام والبناء عندي بالاضافة إلى البستان كالشجرة بالاضافة إلى الدار فقد تلخص في دخول الأبنية في البستان طرق (إحداها) أن الجدار المحيط يدخل جزماً وفيما عداه الطرق وهو ما أورده الرافعي وضاعفه الرويانى (والثانية) إجراء الخلاف في الجميع وهي قضية إطلاق الأكثرين (والثالثة) الجزم بدخول الجميع وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب وهي التي اقتضى كلامي أولاً الميل إليها وليس لنا طريقة جازمة

لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما اذا تضرر بالفصل وقد بينا ما فيه من الاختلاف فيجوز اعلام قوله لم يكن له الاجبار - بالواو - (وقوله) لم يكن له أن يملك معل - بالحاء والواو - (وقوله) لتضمن الغاصب على بيع الصبغ - بالواو - لما حكينا عن النهاية (فرع) إذا كان الصبغ للغاصب وقيمه عشرة وقيمة الثوب عشرة وبلغت قيمته مصبوغاً ثلاثين فصل الغاصب الصبغ وتقصت قيمة الثوب عن عشرة لزمه ما نقص عن عشرة وكذا ما نقص عن خمسة عشر ان فصل بغير اذن المالك وطلبه وان فصل باذنه لم يلزمه إلا نقصان العشرة وان عادت قيمته مصبوغاً الى عشرة لتراجع الاسواق وكانت التراجع في الثياب والأصباغ على وتيرة واحدة فالثوب بالسوية بينهما كما كان والنقصان داخل عليهما جميعاً وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين نعم لو فصل الصبغ بعد تراجع القيمة الى عشرة فصار الثوب يساوى أربعة دراهم غرم ما نقص وهو خمس الثوب بأقصى القيم والمعتبر في الأقصى خمسة عشر ان فصل بنفسه وعشرة ان فصل بطلب المالك له •

قال (وإذا غصب زيتاً وخلطه بزيتة فالنص أنه كالأهلاك فيضمن المثل من أين شاء • وتخرج الأصحاب أن لا ضمان لأنه لو خلطه بمثله فهو مشترك • وان خلطه بالاجود أو بالأردأ فقولان • (ان

بعدم دخول الابنية هنا مع التردد في دخولها تحت اسم الارض وهذا مالا يمكن ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الابنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة وكذلك فعل ابن الرفعة قال الرافعي وذكرنا أن لفظ الكرم كلفظ البستان لكن العادة في نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم وادخاله في مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به وذكر ابن الرفعة أن هذا (١) كالامام وأنه انصح يكون وجهاً رابعاً يعني (٢) الكرم والبستان (٣) ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل في بيع البستان قاله ابن الرفعة أخذاً مما سيأتي وفي العريش وهو المسمى في بلادنا بالكرم (٤) اللزوم تردد للشيخ أبي محمد رجح الامام والغزالي دخوله وجعل في الوسيط محل التردد في دخوله تحت اسم الكرم والامام نقله في لفظ البستان والباحة وفي كلامه ما يدل على جريانه في الكرم أيضاً وفي كلام الامام ما يقتضي أن ذلك في العريش الذي ينقل فانه قال والوجه عندنا النطع بدخولها تنزيلاً على المفهوم من اسم (٥) أو البستان في مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشه وان كان مجلد قال ابن الرفعة لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل (أما) إذا كانت تراد للدوام (٦) في بلادنا فلا يأتي فيها التردد قال الرافعي ولو قال هذه الدار

(من ١ إلى ٦)
يباض بالاصل

قلنا) انه هالك غرم مثله من أين شاء • (وان قلنا) انه مشترك فيباع الكل ويوزع على نسبة القيمة ولا يقسم الزيت (و) بعينه على تفاوت فيؤدي الى الربا * وخلط الدقيق بالدقيق كخلط الزيت بالزيت * وخلط الزيت بالشيرج أولى بجعله اهلاً كما * وخلط الحنطة بالشعير ليس باهلاك بل يلزمه الفصل بالالتقاط

إذا خلط الزيت المغصوب بغيره لم يخل اما أن يتعذر التمييز بينهما أو لا يتعذر * ان تعذر فاما أن يكون ذلك الغير من جنسه أو لا يكون • ان كان من جنسه كالزيت والزيت والحنطة والحنطة نظر ان خلطه بأجود من المغصوب فالنص أنه كما لو هالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير الخلوط ونص في التفليس فيما اذا خلطه بالأجود ثم فليس على قولين (أحدهما) هذا حتى لا يكون للبائع الا المضاربة بالثمن (والثاني) أنه ما شريكان في الخلوط ويرجع البائع الى حقه منه واختلف الاصحاب على طريقتين (أظهرهما) اثبات القولين في الغصب أيضاً وجه يجعله هالكاً تعذر رده والوصول اليه وأيضاً فان قلنا بالشركة لاحتجنا الى البيع وقسمة الثمن بينهما كما سيأتي ولا يصل المالك الى عين حقه ولا الى مثله مع وجود العين والمثل أقرب الى حقه من الثمن ووجه الشركة القياس على مسألة الصبغ وعلى ما اذا اختلط الزيتان بنفسهما أو برضى المالكين وأيضاً فلو غصب صاعاً من هذا وصاعاً

بستان دخلت الأبنية والأشجار جميعاً ولو قال هذا الحائط بستان أو هذا الحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار وفي البناء الذي في وسطه الخلاف السابق هكذا ذكره في التهذيب وهكذا قال الروياني فيما إذا قال حائط بستان وفي لفظهما قلق والمراد أن يقول بعثك هذا الحائط البستان هذه العبارة المستقيمة قال الرافعي ولا يتضح في لفظ الحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة هذا الذي ذكره الرافعي صحيح إن كانت الحوطة بغير ميم أما إذا كانت في كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفي دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده فلذلك الحق هذه اللفظة بالبستان (قلت) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المذهب والرافعي والروضة - بالميم - وإخراج البناء عنها بعيد وإن أخرج فيما إذا نطق باسم البستان فإن الإشارة إلى الجميع وتخصيصها - بالميم - دون غيره لم يقتضه دليل وهي داخلة في مدلول اللفظ قطعاً بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه لأن اسم البستان

من هذا وخلطهما وجعلناهما هالكين ينتقل الملك فيهما إلى الغاصب وذلك بمحض التعدي وأظهر القولين عند الأكثرين الأول المنصوص وعند الإمام والمتولى الثاني (والطريق الثاني) القطع بالقول الأول والفرق أنا إذا لم تثبت الشركة هناك لا يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة وههنا يحصل للمالك تمام البدل وإن خلطه بمثله ففيه الطريقان وطريق ثالث وهو القطع بالشركة لأن في إثبات الشركة اتصال المالك إلى بعض حقه بعينه وإلى بدل بعضه من غير زيادة تقوم على الغاصب فكان أولى من اتصاله إلى بدل الكل وحكى ذلك عن ابن سريج وأبي إسحق وإن خلطه بأردأ منه فالنص أنه كالهلاك أيضاً ويحىء فيه الطريقان المذكوران في الأجود ولكن المنصوص في التفليس والحالة هذه ليس إلا قول الشركة وذكرنا أن بعضهم خرج فيه قولاً آخر يمكن أن يكون مخرجاً من نصه ههنا ويكون في صورتين قولاً بالنقل والتخريج من الطرفين ويمكن أن يكون قول الهلاك في الإرداء مخرجاً من توجيهه في الإرداء فإن الشافعي رضى الله عنه قال الذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله على ماله وإذا اختصرت قلت في الخلط المطلق ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين خلط بغير المثل فيكون المنصوب هالكا وبالمثل فيشتركان *

(التفريع) إن جعلنا الاختلاط كالهلاك فللغاصب أن يعطيه المثل من غير الخلوط وله أن يعطيه منه إذا كان الخلط بأمثل وكذا لو خلطه بالأجود لأن الخلوط خير من المنصوب وليس له أن يعطيه قدر حقه من الخلوط إذا خلط بالأرداء إلا إذا رضى المالك ولم يرضى فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر وإن حكمنا بالشركة فإن خلط بأمثل فقد رزته من الخلوط وإن خلط بالأجود

صادق بدونها نعم قول الرافعي فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد في ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير - ميم - فلم أره في كتاب غير كلام ابن الرفعة ولا أعلم معناه فإن كان موضوعا للبستان فينتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعي وإن كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فينتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعاً (والأقرب) أن حذف - الميم - تصحيف وإن اللفظ بالميم كما هو في الكتب وإن الحكم فيها مخالف للحكم في لفظ البستان والحائط بمعناه وأنه لا ينتجه فرق فيها بين البناء والشجر كما قاله الرافعي لكنه لا ينبغي التردد في ذلك كما تردد بل ينبغي دخول البناء والشجر لوجود الإشارة إلى الجميع وعدم ما يقتضي إخراج شيء من ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم * قال ابن الرفعة وفي بعض الشروح أنه لو قال بعثت هذا الحوط دخل فيه الحيطان والأرض وإن كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب وخلاف ما قاله الرافعي أيضاً وبعيد من جهة المعنى لا وجه له والله سبحانه وتعالى أعلم *

كما إذا خلط صاعا قيمته درهم بصاع قيمته درهمان نظر إن أعطاه صاعاً من الخلوط أجبر المالك على قبوله لأن بعضه من حقه وبعضه خير منه والافياع الخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً فإن أراداً قسمة عين الزيت على نسبة القيمة فالظاهر أنه لا يجوز وبني ذلك على أن القسمة أفراز حق لا بيع وفي المسألة وجه أنه يكاف الغاصب تسليم صاع من الخلوط لأن اكتساب الخلوط صفة الجودة بالخلط كزيادة متصلة تحصل في يد الغاصب وإن خلط بالارداً كما إذا خلط صاعاً قيمته درهمان بصاع قيمته درهم أخذ المالك من الخلوط صاعاً مع أرش النقصان لأن الغاصب متعدد بخلاف ما إذا خلط المشتري بالارداً وأقلس فإن البائع إما أن يقنع بصاع من الخلوط أو يضارب مع الفرما فإن اتفقا على بيع الخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً جاز وإن أراداً قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين فمنهم من جعله على الخلاف المذكور في طرق الأجود ومنهم من قطع بالمنع لأنه أمكن الرجوع إلى صاع منه مع الارش ولا حاجة إلى احتمال القسمة المشتملة على التفاضل وخطه الخل بالخل والابن بالابن كخلط الزيت بالزيت وإذا خلط الدقيق بالدقيق (فإن قلنا) أنه مثلى وبه قال ابن سريج فهو كخلط الزيت بالزيت أيضاً (وإن قلنا) أنه متقوم (فإن قلنا) أن المختلط هالك فلو اجب على الغاصب القيمة (وإن قلنا) بالشركة فيبيع ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين فإن أراداً قسمة عين الدقيق على نسبة القيمتين والخلط بالأجود أو الأرداً فهو على ما ذكرنا في قسمة الزيت الخلوط وإن كان الخلط بالمثل فالقسمة جائزة إن جعلناها أفرازاً وإن جعلناها بيعاً لم تجز لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز هذا إذا كان الخلط بالجنس (أما) إذا خلط

﴿ فرع ﴾ قول الغزالي في الوجيز إن الاظهر عدم الدخول يعني به الاظهر من الطرق فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الارض (وأصح) الطرق عنده في اسم الارض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الاظهر من الطرق والعجلى قال ان معناه الاظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان والشجر بالنسبة الى الدار والذي حكاه الامام والغزالي في استنباع الدار للشجر ثلاثة أوجه وأفهم كلام الامام فيها أن التفرع على أن اسم الارض لا يتناول البناء والشجر اى ان قلنا البناء والشجر داخلان في الارض فهنا أولى (وان قلنا) لا يدخل فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي الاظهر أى من هذه الالوجه ولا شك ان ما قاله الامام نفيه * لكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف في الارض فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الاظهر من الطرق فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام وان كانت التسوية متجهة وقد تقدم في استنباع الدار الاشجار بحث ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الالوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان

المغصوب بغير جنسه كمالو خلط زيتا بشيرج أو دهن بان أو دهن جوز أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير فالمغصوب هالك لبطلان فائده وخاصيته باختلاط غير الجنس به بخلاف الجيد مع الردى ومنهم من جعله على الخلاف السابق ووجه ثبوت الشركة مالو خلط بالرضى هذا ما اختاره صاحب التتمة ههنا ايضا وقال ان تراضيا على بيع الخلوط وقسمة الثمن جاز وان اراد قسمته جاز وكان المغصوب منه باع ما يضمن في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج قال الامام وألحق الاصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت السويق بالزيت وهو بعيد وانما هو كصبغ الثوب وهذا في الخلط الذي يتعذر معه التمييز والفصل بالالتقاط وان شق سواء خلط بالجنس كالحنطة البيضاء والحمراء او بغير الجنس كالحنطة والشعير والمواضع الذي ينبغي أن يعلم عليهما من الفصل غير خافية *

﴿ فرع ﴾ لو خلط الزيت بالماء وأمكن التمييز لزم التمييز وأرش النقص ان كان فيه نقص وان لم يمكن التمييز فهو كخلطه بالبان الا أن لا يبقى له قيمة فيكون هالكا لا محالة فان حصل فيه مميز أو غير مميز نقص سيار فقد سبق حكمه *

قال ﴿ ولو غصب ساجّة وأدرجها في بنائه لم يملك بل يرد (ح) على مالكه وان أدى الى هدم بنائه * وان أدرج في سفينة لم ينزع ان كان في النزع اهلاك الغاصب * أو اهلاك حيوان محترم * أو اهلاك مال لغيره ولكن يغرم القيمة في الحال لا لحيولة الى أن يتيسر الفصل * وان لم يكن فيه الا مال الغاصب ففي جواز النزع وجهان ﴾ *

لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ولو كان في البستان ماء فهل يدخل في العقد فيه وجهان حكاهما القاضي حسين * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل وان كان مؤبراً لم يدخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها للمبتاع فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ولأن ثمرة النخل كالحمل لأنه نماء كامل لظهوره غاية كالحمل * ثم الحمل السكمان يتبع الاصل في البيع والحمل الظاهر لا يتبع فكذلك الثمرة * قال الشافعي رحمه الله وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر ﴾ *

إذا غصب ساحة وأدرجها في بناءه أو بني عليها أو على آجر مغصوب لم يملك المغصوب وعليه إخراجها من البناء ورده إلى المالك وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة يملك ويفرم قيمته لنا أنه بنى على ملك الغير عدواناً فلا يزول به ملك المالك قياساً على ما لو غصب أرضاً وبني عليها وأيضاً فان القدرة على المثل تمنع من العدول إلى القيمة لأن المثل أقرب إلى المغصوب فأولى أن تمنع القدرة على العين العدول إلى القيمة وهذا ما لم تعفن الساحة فان عفنت بحيث لو أخرجت لم يمكن لها قيمة فهي مستهلكة فان أخرجها وردها لزمه أرش النقص ان دخلها نقص وفي الأجرة ما ذكرنا في إبلاء الثوب بالاستعمال ولو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة نظر ان لم ينحرف من النزاع هلاك نفس ولا مال بأن كانت على وجه الأرض أو مرساة على الشط أو أدرج في أعلاها ولم ينحس من نزعه الفرق أو لم يكن فيها نفس ولا مال ولا خيف هلاك السفينة نفسها نزاع ورد وخلاف أبي حنيفة عائد فيه وان كان في لجة البحر وخيف من النزاع هلاك حيوان محترم سواء كان آدمياً أم الغاصب أو غيره أو غير آدمي لم تنزع حتى تصل إلى الشط وان خيف من النزاع هلاك مال اما نفس السفينة أو غيرها فهو مال الغاصب أو لمن وضع فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً أو لغيرها ان كان لغيرها لم ينزع أيضاً وان كان لهما فوجهان (أصحهما) عند الامام النزاع كما يهدم البناء لرد الساحة ولا يبالي بما يضيع عليه (والثاني) وهو الأصح عند ابن الصباغ وغيره أنه لا ينزع لأن السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط بخلاف الساحة المدرجة في البناء فان البناء للتأيد وحيث لا تنزع إلى الوصول إلى الشط توجد القيمة للحيلولة إلى ان يتيسر الفصل فينبذ يرد اللوح مع أرش النقص ان نقص ويسترد القيمة ان قلنا لا يبالي في النزاع بهلاك مال الغاصب فلو اختلطت التي أدرج منها اللوح بسفن الغاصب ولا توقف على النزاع الا بفصل الكل حكى في المذهب فيه وجهين *

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ولفظهما «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وفى لفظ لمسلم «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر» وفى لفظ آخر له «أبما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها إلا أن يشترط الذى اشتراها» وفى لفظ له أيضاً «أبما امرى» أبر نخلنا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع» ورواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها كله أئمة علماء ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال أن يشترط المبتاع بغيرها وكذلك فى بقية الحديث من طريق سالم ومن باع عبداً وله مال فالل مال للبائع إلا أن يشترط المبتاع وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغيرها فى الموضعين هكذا قال ابن عبد البر ونبه على أن المعنى إلا أن يشترط المبتاع سائر ذلك فيدل على صحة اشتراط نصف الثمرة أو جزء منها وكذلك فى مال العبد وهو قول جمهور الفقهاء وسأتعرض لهذا فى فرع آخر الكلام إن شاء الله تعالى والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث ولم أتف عليها فى شئ من طرق الحديث وقول المصنف نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور (وقوله) كامن

قال ﴿ وكذا لو غصب خيطاً وخاط به جرح آدمى أو حيوان محترم غير مأكول وكان فى نزعه خوف هلاك لم ينزع اذ يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء بل يغرم قيمته * فان مات المجروح أو ارتد فى النزع لأن فيه مثله * وفى الحيوان المأكول خلاف لأنه ذبح بغير مأكلة * وينزع عن الخنزير والكلب العقور اذ لا حرمة لهما * ﴾

الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما فى البناء على الساحة وإن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره (القسم الأول) المحترم وهو آدمى وغيره (أما) آدمى فان خيف من نزعه هلاكه لم ينزع وعلى الغاصب قيمته ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب فقرار الضمان عليه وإن كان جاهلاً فعلى الخلاف فيما إذا أطمع المغصوب غيره وفى معنى خوف الهلاك خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء وفاقاً وخلافاً قال الامام ولو رتب انقذ وجهاً (أحدهما) أن ترك الخيط أولى لقيام القيمة مقامه (والثانى) أن نزعه أولى لتعلقه بحق آدمى المبني على الضيق (وأما) غير آدمى فهو على ضربين (أحدهما) غير المأكول فالحكم فيه كما فى آدمى إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشئ فيه (والثانى) المأكول فان كان لغير الغاصب لم ينزع وإن كان للغاصب ففيه قولان وقيل وجهاً (أحدهما) وهو رواية الربيع أنه يذبح ويرد الخيط لأنه جائز الذبح وبذبحه يصل الحق إلى المستحق (وأظهرهما) المنع كما فى غير المأكول لأن الحيوان حرمة فى نفسه ألا ترى أنه يؤمر بالاتفاق عليه ويمنع من إتلافه وإذا لم يقصد بالذبح

احتراز من الزرع لانه ظاهر من غير المؤبر كذلك وان التين والعنب ونحوه (وقوله) لظهوره غاية احتراز من الجوز واللوز والرمان والموز والرايح لانه لا غاية لخروجه من قشره وانما يظهر بكسره فالرمان والموز للبائع قولاً واحداً والجوز واللوز والرايح له على الصحيح المنصوص فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر إلا عند الأكل فهذا في معني قولنا ليس لظهوره غاية وقد ورد في بعض الروايات من باع وفي بعضها من اشترى وكلها صحيح سنداً ومعني قال ابن عبد البر لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح (وقوله) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه يقال أبر النخل مخففاً يأبرها أبراً والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى اذا انشق طلعتها وظهر مافي بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال وقال بعضهم هو ان تشقق تؤخذ شيء من طلع الذكرفيدخل بين ظهراى طلع الأنث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحاً لها وهذه العبارة المحررة وقد يؤخذ سعة

الاكل منع منه وقد روى أنه ﷺ « نهى عن ذبح الحيوان إلا لـ ١. أكلة » (١) واذا مات الحيوان الذى خيط به جرحه فان كان غير الآدمى نزع منه الخيط وفي الآدمى وجهان (أصحهما) على ما ذكره في النهاية أنه ينزع وان لم ينزع في الحياة لحرمة الروح (والثانى) المنع لأن الآدمى محترم بعد الموت ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » (٢) (القسم الثانى) غير المحترم فلا يبالى بهلاكه ونزعه منه الخيط ومن هذا القسم الخنزير والكلب العقور (أما) كلب الصيد والماشية فلا يجوز النزع منه قاله الامام والحق الكلب الذى لا منفعة فيه بالمؤذيات وذكر ترددنا فيما اذا خاط به جرح مرتد وحكم بأن الأوجه المنع لأن المثلة بالمرتد محرمة وليست كالمثلة بالميت لأننا نتوقع بالمرتد عوداً إلى الاسلام هذا لفظه ويوافق ذلك قوله في الكتاب أو ارتد ففي النزع خلاف غير أن الامام صورته فيما اذا خيط به جرح المرتد ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردة على الخياطة والذى أجاب به الأكثرون أن المرتد غير محترم فينزع الخيط منه وكذا الحربى وخرج صاحب التتمة فيما اذا خاط به جرح الزانى المحصن أو المحارب على الخلاف فيما اذا خاط به جرح معصوم فمات لأن تقويت روحه مستحقة فالحق

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله. أبو داود في المراسيل عن القاسم بن عبد الرحمن الشامي في حديث قال فيه ولا تقتل غنمة ليست لك بها حاجة وفي المؤطا عن أبي بكر في قوله كللفظ الاصل *

(٢) ﴿ حديث ﴾ كسر عظم الميت ككسر عظم الحي أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقي من حديث عائشة حسنه ابن القطان وذكر القشيري أنه على شرط مسلم ورواه الدارقطني من وجه آخر عنها وزاد في الأثم وفي رواية للشافعي يعنى في الأثم وذكره مالك في المؤطا بلاغاً عن عائشة موقوفاً ورواه ابن ماجه من حديث أم سلمة (تبيه) في الامام أن مسلماً رواه ليس كذلك *

الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح فيحمل الريح أجزاء الفحال الى سائر النخيل فيمنعه التساقط وفي عبارة جماعة ما يوهى أن التشقق داخل في مسمى التأير وسندين لك فيما سياتى أنه ليس الأمر كذلك (أما) الأحكام فبيع الشجر ان كان بشرط القطع جاز مطلقاً رطباً ويابساً وان كان بشرط القلع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً وقال الصيمرى ان كان كافجلاً لم يجز لان أسفله غائب وان كان كشجر العصفور وما حفر من التراب جاز لان الغائب منه غير مقصود وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعاً وان باع بشرط التبقية فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب وان كانت يابسة قال المتولى فسد البيع وان أطلق فالشهور الجواز وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد * إذا عرف ذلك فقال الأصحاب يندرج في

بالميت ويبنى على التفصيل المذكور في جواز غصب الخيط ابتداء ليخاط به الجرح اذا لم يوجد خيط حلال فحيث حكمنا بالنزع لا يجوز الغصب وحيث قلنا لا ينزع يجوز والى هذا أشار بقوله اذا يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء *

قال ﴿ولو أدخل فصيلاً في بيته أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه تخليصاً للمال * وان لم يكن بفعله فالأظهر أن المخلص ماله يفرم أرش النقص * وان غصب فرد خف قيمة الكل عشرة وقيمة الفرد ثلاثة ضمن سبعة لان الباقي ثلاثة * وقيل ثلاثة لانه المغصوب * وقيل خمسة كالألف غيره الفرد الآخر تسوية بينهما *﴾

فيه فرعان (أحدهما) فصيل رجل حصل في بيت آخر ولم يمكن اخراجه الا بنقض البناء فينظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن غصبه وأدخله فيه نقض ولم يفرم صاحب الفصيل شيئاً وان كان بتفريط من صاحب الفصيل فاذا نقص البناء غرم أرش النقص وان دخل الفصيل بنفسه نقض أيضاً وهل على صاحب الفصيل أرش النقص قال العراقيون نعم وهو ظاهر المذهب لانه انما نقض لتخليص ملكه وذكر الامام وصاحب الكتاب فيه خلافاً ووجه المنع أنه لا تفريط من أحد والاخراج لا بد منه لحرمة الروح وانما ينتظم هذا إذا كان الفرض فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج ولو وقع دينار في محبرة ولم يخرج الا بكسرها ان وقع فيها بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً كسرت ولا غرم على صاحب الدينار وان وقع بفعل صاحب الدينار فعليه الارش وان وقع من غير تفريط من أحد كسرت وعلى صاحب الدينار الارش وأجرى صاحب الكتاب في وجوب الارش الخلاف المذكور في الصورة الاولى لكن التوجيه الذى مر لا يجرى ههنا وقال ابن الصباغ اذا لم يفرط واحد منهما وضمن صاحب المحبرة الدينار

مطابق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم قل أي الرفعة أي إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطابق بيع الشجرة وكذا الأوراق وفي ورق التوت ونحوه خلاف سيأتي تفصيله في كلام المصنف وفي أغصان الخلاف التي تقطع أغصانه ويترك ساقه فاذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد (أما) الخلاف الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ماظهر منه للبائع وفي أصوله الخلاف الذي في أصول النقل قال ذلك القاضي ح. بن وعن الامام أنه قال هنا انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافاً وفي كتاب الوقف قال إنها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ففي دخول أغصانه في بيعه

ينبغي أن يقال لانكسر المحبرة لزوال الضرر بذلك وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج الا بكسرهما فان كان معها صاحبها فهو مفرط بترك الحفظ فان كانت غير ما كولة تخلص بكسر القدر وعليه أرش النقصان وان كانت ما كولة ففي ذبحها وجهان كما في مسألة الخيط واذا لم يكن معها أحد فان فرط صاحب القدر مثل ان وضع القدر في موضع لاحق له فيه كسرت ولاغرم له وان لم يفرط كسرت وغرم صاحب البهيمة الأرض ولم يذكر التفصيل المذكور في صورة القدر والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت والوجه التسوية (الثاني) غصب زوجي خف قيمتهما عشرة ثم رد إحداها وقيمتها ثلاثة وتلف الآخر يلزمه سبعة لان بعض المصوب قد تلف والباقي ينقص ولو أتلف أحدها أو غصبه وحده وتلف وعادت قيمة الباقي الى ثلاثة ففيه أوجه (أحدها) أنه يضمن سبعة لأنه أتلف أحدها وأدخل النقصان على الباقي بتعديده فاشبهه مالو حل أجزاء الباب والسرير فنقصت قيمته (والثاني) يضمن ثلاثة لان قيمة الفرد الذي أتلفه ثلاثة (والثالث) خمسة كما لو أتلف رجل أحدها وآخر الآخر فانه يسوى بينهما ويضمن كل واحد منهما خمسة ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الأول وبه قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه وقال الامام وصاحب التهذيب الأظهر الثالث ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيمتها مع نقصان الثاني نصاب لا يقطع بلا خلاف •

(فرع) سيأتي القول في أن ماتلفه البهيمة متى يضمنه مالكاها فاذا ابتاعت البهيمة شيئاً واقتضى الحال لزوم الضمان نظر ان كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه وان كان مما لا يفسد كاللآلئ فان لم تكن ما كولة لم تذبح ويفرم قيمة ما ابتلعه للحيولة وان كانت ما كولة فعلي الوجهين السابقين

خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ولا يدخل في بيع الشجرة الكرم الذي عليها قاله القاضي حسين في الفتاوى ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة ولا يدخل مفرسها في العقد وجهاً واحداً قاله القاضي حسين وحكمها حكم سائر المنقولات ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين قال في التتمة فلو شرط إبقاؤها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأخير وشرط عدم القطع عند الجذاذ ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العرق في البيع عند شرط القطع وإن كانت مجهولة تبعاً كذا قاله وقال الصيمري لا يجوز بيع النخلة بشرط القام لأن أسفلها غائب ولا يدخل عند شرط القطع بل تقطع عن وجه الأرض • وإن كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الإبقاء أو بشرط القام أو بشرط القطع اتبع الشرط وفيه عند شرط القام ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الأرض لانه شرط القلع قاله في الفتاوى ولو أطلق جاز الإبقاء أيضاً للعادة كما لو اشترى بناء استحق إبقاؤه وليس

ولو باع بهيمة بشمن معين فابتلعت نظر أن أم يكن الثمن مقبوضاً انفسخ البيع وهذه بهيمة للبائع ابتلعت مالا للمشتري إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة فيستقر العقد ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناء على أن اتلاف المشتري قبض منه وإن كان الثمن مقبوضاً لم ينفسخ البيع وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مالا للبائع •

(الفصل الثالث * في تصرفات الغاصب)

قال (فإذا باع الجارية المغصوبة ووطئها المشتري وهو عالم لزمه الحد والمهر (ح) إن كانت مستكرهة • وإن كانت راضية فوجهان لقوله عليه الصلاة والسلام « لا مهر لبغى » ولكن المهر للسيد فيشبه أن لا يؤثر رضاها • وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر تردد لأن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب • وإن كان جاهلاً لزمه المهر ولا يجب إلا مهر واحد بوطآت إذا اتحدت الشبهة وفي تعدد الوطء بالاستكرهه تردد في تعدد المهر •)

هذا الفصل الثالث وإن كان مترجماً بتصرفات الغاصب مطلقاً لكن القصد منه شيان (أحدهما) الكلام في وطء المشتري من الغاصب (والثاني) فيما يرجع به إذا غرم على الغاصب وأعلم قبل الشروع فيهما أنه إذا اتجر الغاصب في المال المغصوب ففيه قولان (الجديد) أنه إن باعه أو اشترى بعينه فالتصرف باطل وإن باع سلباً أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فالعقد صحيح والتسليم فاسد ولا تبرأ ذمته عما التزم ويملك ما يأخذو أرباحه له (والقديم) أنه يتبعه وألشراء بعينه منعقد موقوف على إجازة المالك فإن أجازها فالربح له وكذا إذا التزم في الذمة وسلم المغصوب وتكون الأرباح للمالك وهذه المسألة قد مر ذكرها في أول البيع ويتم شرطها في القراض والغرض الآن التذكير

كالزراع حيث يشترط القطع لأن الشجرة تراد للبقاء ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع قاله الامام وهو مما لا خلاف فيه وكذلك اذا باع بناء مطلقاً قاله الامام وهل يدخل المغرس في البيع فيه وجهان وقيل قولان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة نعم لانه يستحق منفعته لالى غاية وذلك لا يكون الا على سبيل الملك ولا وجه لتماكه الا دخوله في البيع (وأصحهما) عند الامام والرافعى وغيرهما نعم لأن اسم الشجرة لا يتناولوه وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية كما لو أعار جداره لوضع الجذوع وكذا الوجهان في دخول الأرض في بيع البناء كما تقدم قال الامام وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها فن الفرع لا يستتبع الأصل ولكنه من جهة استحقاق لا محمل له الا الملك يعنى أن ذلك لا يكون اجارة للتأيد ولا عارية لعدم جواز الرجوع وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعاً تبعاً فلى الوجه الأول لو اتقاعت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها

ببيان أن مسائل الفصل متفرعة على المذهب الجديد * اذا عرفت ذلك فالمقصد الأول هو القول في وطء المشتري من الغاصب ولا يخلو اما أن يكون محبلاً أولاً (الضرب الأول) الوطء الخالى عن الاحبال ونذكر أولاً حكمه اذا وجد من الغاصب بعضه فنقول انه مع الجارية المغصوبة اما أن يكونا جاهلين بتحريم الوطء أو عالمين أو أحدهما علم والآخر جاهل ان كانا جاهلين فلا حد عليهما وعليه المهر للسيد وكذلك أرش الافتضاخ ان كانت بكراً ثم ذكروا وجهين في أنا نفرد أرش الافتضاخ من المهر فنقول عليه مهر مثلها ثيباً وأرش الافتضاخ أولاً نفرد ونقول عليه مهر مثلها بكراً ورجعوا الأول لوجوبهما بسببين مختلفين وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر (فان قلت) هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا ان اختلف وجب أن يقطع بوجوب الزائد لأن بناء أمر الغاصب على التفليظ وان لم تختلف فلا فائدة للوجهين (فالجواب) أن يقال ان اختلف المقدار فالوجه مذكورته وقد أشار اليه الامام وان لم تختلف فالوجهين فوائد تظهر من بعد * وان كانا عالمين بالتحريم فينظران كانت الجارية مكرهة فعلى الغاصب الحد والمهر خلافاً لأبي حنيفة في المهر ويجب عليه أرش الافتضاخ ان كانت بكراً وان كانت طائفة فعليهما الحد وفي المهر وجهان ويقال قولان (أحدهما) يجب لأن المهر حق السيد فلا يؤثر فيه رضاها كما لو أذنت في قطع يدها (وأظهرهما) وهو المنصوص أنه لا يجب لأنها زانية ساقطة الحرمه فاشبهت الحرة اذ اذنت طائفة وقد روى أنه عليه السلام «نهى عن مهر البغي» ^(١) ويجوز

(١) قوله روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لامهر لبغي قال الرافعى المشهور في لفظ هذا الخبر أنه نهى عن مهرا لبغي لا كما في الكتاب يعنى في الوجيز وحديث النهى عن مهر البغي متفق عليه من حديث أبي مسعود *

وله أن يبيع المغرس وطى الثانى ليس له ذلك وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة قال ابن الرفعة يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله فى الصلح ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة لأن هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الارش على ما يفرغ وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام فى كتاب الرهن ان له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير فى مثل هذه الصورة وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة قال وبه يتم ما أبديته تخريجا وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف فى العارية وقال ابن الرفعة يشبهه أن يقال (ان قلنا) الأبقاء يستحق كالعارية فكالعارية والا فلا يلزمه وجها واحداً والخلاف فى دخول المغرس والأس فى البيع مثله مذکور فى الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام فى كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه • ولو كانت الارض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الارض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها فى البيع لو كانت للبائع قال ابن الرفعة فيشبهه أن يقال يثبت الخيار كما اذا قلنا الحمل يقابل بالثمن ثم بان أن لا حمل ولا يبطل البيع لأن ذلك انما وقع تباعاً لا

أن يكون مهرها لسيد ويتأثر بضعها كما لو ارتدت قبل الدخول أو أرضعت ارضاعاً مفسداً للنكاح ويجب أرش الافتراض أن كانت بكرأ اذا قلنا إنه يفرد عن المهر وان قلنا لا يفرد فى وجوب الزيادة على مهر مثلها وهي ثيب وجهان (فى وجه) لا تجب كما لو زنت الحرة طائفة وهي بكر (وفى وجه) تجب كما لو أذنت فى قطع طرف منها • وان كان أحدهما عالماً دون الآخر فان كان الغاصب عالماً فعليه الحد وأرش البكارة ان كانت بكرأ والمهر وان كانت الحارثية عالمة فعليها الحد دونه ويجب المهر ان كانت مكرهة وان كانت مطاوعة فعلى الخلاف • واعلم أن الجهل بتحريم وطء المغصوبة قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها بالغصب فى ضمانه ولا تقبل دعواهما الا من قريب العهد بالاسلام أو بمن نشأ فى موضع بعيد من المسلمين وقد يكون لاشتباهاها عليه وظنه أنها جاريته ولا يشترط لقبول الدعوى ما ذكرناه • هذا فى وطء الغاصب وأما المشتري من الغاصب فالقول فى وطئه فى حالتي العلم والجهل كما ذكرنا فى الغاصب الا أن الجهل فى حق المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً فلا يشترط فى دعواه الشرط السابق كما لا يشترط فى الاشتباه واذا غرم المشتري المهر فسيأتى الخلاف فى رجوعه على الغاصب وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء فيه وجهان عن صاحب التقریب (وجه المنع) أن المهر بدل منفعة البضع وهي غير داخلة تحت اليد ولا مضمونة بالغصب (وجه الثانى) وهو قضية كلام

مقصوداً وهذا اذا كان الابقاء مستحقاً له بطريق باجارة أو غيرها (أما) اذا كان في أرض مفضوبة فحكى الماوردي في كتاب الغصب في صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لان الا^(١)الابقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة (والثاني) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الاطلاق وإنما يستحق الابقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك قال ابن الرفعة والذي تم به البلوى ولم تقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ولم تنتقض مدة اجارته وعلم انشترى منه ذلك فهل تقول يستحق الابقاء في بقية مدة اجارته بغير عوض كولو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الاجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة فيه نظر واحتمال قال والأشبه الثاني والعمل عليه في العرف ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبته وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة لافي حال حياته ولا بعد وفاته (اذا قلنا) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) اذا قلنا تنتهي بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه كما هو محكي في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة والله أعلم * وهذه الاحكام

(١) يياض بالأصل

المعظم أن الامر اذا أفضى الى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالغاصب وأشار الامام الى جريان الوجهين سواء قلنا برجوع المشتري على الغاصب بالمهر أو بعدم الرجوع وقال (اذا قلنا) بعدم الرجوع فظاهر القياس أن لا يطالب وغيره محتمل (واذا قلنا) بالرجوع فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه ويجوز أن يقال الرجوع بسبب الفرر فيختص به المغرور وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر اذا وطئت بالشبهة واذا تكرر الوطء إما من الغاصب أو من المشتري من الغاصب فان كان في حالة الجهل لم يجب الا مهر واحد لان الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبه ما اذا وطئ في النكاح الفاسد مراراً وان كان عالماً وجب المهر ككونها مستكرهة وعلى قولنا بالوجوب مع طواعيتها فوجهان (أحدهما) الاكتفاء بمهر واحد كما في حالة الجهل (وأصحها) وبه أجاب صاحب الكتاب في الصداق حيث أعاد هذه الصورة في أخوات لها أنه يجب لكل مرة مهر لان الواجب ههنا لاتلاف منفعة البضع فيتعدد بتعدد الاتلاف لكن قضية هذا الوجه الحكم بالتعدد في صورة الجهل لأن الاتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل فلا معنى للاحالة على الشبهة وإنما يحصل اعتماد الشبهة حيث لا يجب المهر لولا الشبهة وذكر هذا المستدرك امام الحرمين وقال هذه لطيفة يقضي منها العجب وان وطئها مرة جاهلاً ومرة عالماً وجب مهران (وقوله) في الكتاب لزمه الحد والمهر لفظ المهر معلم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة لا يجامع المهر الحد والمشهور من لفظ الخبر أنه نهى عن مهر البغي كما تقدم لا ما أورده في الكتاب *

كلها جارية في جميع الشجر لافرق بين النخل وغيره وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس في بيع الشجر ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر فتشتبك عروقها في جميع الأرض فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ولا في بطنها لاشتباك العروق وأثبتها يقضى إلى أن يملك المشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها وأيضاً فاما أن يملكه نازلاً في طبقات الأرض على مسامته العروق وفي جهة العلو إلى وجه الأرض على مسامته العروق ولا نقول إنه يملك من الأرض ما يستر العروق والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه إلى ملك الأرض بانتشار العروق (والثاني) باطل لانه يؤدي إلى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس لان مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة وبيع المجهول باطل هذا أدى إلى فساد تفريعه على فاسد ويلزم عليه أيضاً أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها فاذا ابتلت الشجرة وسقيت انتشرت عروقها وامتدت إلى مواضع لم تكن ممتدة إليها وقت الشراء ولا بعده باشر فيؤدي إلى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض وكلما امتد عرق شبراً أو فتراً في جزء من الأرض ملكه ملكاً متجدداً وهذا بدع في الشرع لا يصير إليه يجعل انتهى ما قاله ابن أبي الدم وهو بحث جيد • اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلاً دخل جريدها وسعفها

قال • أما الولد فهو رقيق لان نسب له ان كان عالماً وان كان جاهلاً انعقد على الحرية وضمن المشتري قيمته ورجع به على الغاصب اذا الشراء لا يوجب ضمان الولد • وان انفصل الولد ميتاً فلا ضمان لأن الحياة لم تتيقن وان سقط ميتاً بجناية جان يجب الضمان لانه انفصل مضموناً وقد قدر الشارع حياته وضمانه عشر قيمة الام • وقيل في هذه الصورة يجب أقل الامرين من عشر قيمه الام أو الغرة اذا وجب الضمان بسببها فلا يزيد عليها •

النضرب الثاني الوطء المحبل سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه فينظر إن كان عالماً بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانياً وان انفصل حياً فهو مضمون على الغاصب وان انفصل ميتاً بجناية جاف فبدله لسيده وان انفصل ميتاً من غير جناية ففي وجوب الضمان على الغاصب وجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعاً لثبوت اليد على الأم ويحكي هذا عن الانماطى وأبي الطيب بن سلمة واختاره القفال (والثاني) المنع وبه قال أبو اسحق واختاره الشيخ أبو محمد والامام وصاحب التهذيب لأن جنايته غير منتفية وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده ويمجرى الوجهان في حمل البهيمة المنصوبة إذا انفصل ميتاً وان أوجبنا الضمان فنوجب قيمته يوم الانفصال لو كان حياً في ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الامام وجهاً آخر في ولد الجارية أنه يضمن

وخصوصها لا خلاف في ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل وان كان مؤبراً لم يدخل للحديث الذي استدلل به المصنف وهو يدل على الحكم الثاني بمنطوقه وعلى الأول بمفهومه وكلام المصنف يقتضي أنه جعله مفهوم الشرط وكذلك فهمه صاحب الانتصار ويحتمل أن يكون من مفهوم الصفة فانه جعل التأير صفة لا تدخل وكذلك جعله الغزالي في المستصفي وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب وهو دليل الشافعي رحمه الله تعالى منه وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر فلما جعله النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان مؤبراً للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة (والثاني) أن النبي ﷺ قال «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فمشتريها للبائع» فجعلها للبائع بالشرط وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط فمن قال إنها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط. ولم يجعلها هو له بهذا الشرط (الثاني) أنه أعني المخالف جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط (والدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم إما أن يكون ذكر التأير بينها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع

بعشر قيمة الأم تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني الذي يترتب على جنايته الاجهاض وان كان الواطئ جاهلاً بالتحريم به فالولد نسيب حر للشبهة وعليه قيمته لذلك الجارية يوم الانفصال ان انفصل حياً لأن التقويم قبله غير ممكن وان انفصل ميتاً فاما أن ينفصل بنفسه أو بجناية (أما) على التقدير الأول فالمشهور أنه لا يلزمه قيمته لانا لا ننتيقن جناية وأن الغاصب أثلغه ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حالة العلم حيث ذكرنا في وجوب الضمان وجهين لان الرقيق يدخل تحت اليد والغصب فجعل تبعاً للام فيه وفي التتمة حكاية وجه ههنا أيضاً أنه تلزمه القيمة لان الظاهر الحياة (وأما) على المتقدير الثاني فعلى الجاني ضمانه لأن الانفصال عقيب الضرب يغلب على الظن أنه كان حياً فمات بفعله وللمالك الضمان على الغاصب بخلاف ما إذا انفصل ميتاً من غير جناية لأنه لا بد له هناك وههنا يقوم له فيقوم عليه وكان حق المالك يتعاق ببدله كما لو قتل العبد الجاني يتعلق العبد المجنى عليه ببدله ولومات فات حقه ثم الذي يجب على الجاني الغرة والذي يجب للمالك عشر قيمة الأم لان الجنين الرقيق به يضمن فان كانت قيمة الغرة وعشر قيمة الأم سواء ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم وان كانت قيمة الأم أكثر فكذلك والزيادة تستقر له بحق الارث وان قصت الغرة عن العشر فوجهان (أظهرهما) أنه يضمن للمالك تمام العشر لانه لما انفصل متقوماً كان بمثابة ما لو انفصل حياً ولان بدله انما يقصر عن العشر بسبب الحرية الحاصلة بظنه (والثاني) لا يجوز الا قدر

وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع لاسبيل الى الأول لأن المؤبر بائن ظاهر وغير المؤبر
 كامن مستتر وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحل فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن
 لا يكون للبائع عند عدم التأبير وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال بوجود في الأم فانه
 قال لأن رسول الله ﷺ اذا حد قال «إذا أبر فثمرة للبائع» فقد أخبرنا بان حكمه اذا لم يؤبر غير
 حكمه اذا أبر ولا يكون ما فيه الا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ولا موقوفا فمن باع حائطاً لم يؤبر فالثمرة
 للمشتري بغير شرط استدلالاً بوجوداً بالسنة وقال قريبا من ذلك في الاملاء أيضاً وقال في المختصر
 إذا جعل رسول الله ﷺ الابار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام
 الشافعي في الأم يحتدل أن يكون جعله من مفهوم الشرط وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام
 الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط بل أنه يدل عليه
 باللفظ وبه صرح الفاضل أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطاً والخلاف
 يقول إنه ليس بشرط فهذا الذي أرادوه والله أعلم وهو بهذا التقدير صحيح ولم يريدوا أن اللفظ يدل
 على عدم الحكم عند عدم الشرط ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من
 باب المفهوم (وأما) الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن
 يستدل به في كل شرط أو صفة لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملقوظ به وكأنه استقر
 في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفي الحكم عما عداه انتفاء
 ظهراً ومنهم من يجعل المفهوم مستنداً إلى البحث عن طاب فوائد التخصيص فالوجه الأول ماش
 على الطريقة الأولى ولذلك نسب الدلالة إلى اللفظ وكلام الشافعي الذي حكيت به يشعر بذلك لكن
 الأنباري في شرح البرهان نقل عن الشافعي أن اختياره الثاني والوجه الثاني مستمر على الطريقة
 الثانية (وأما) الثاني فقد نهت على مراد الأصحاب به وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من

الغرة ويعبر عنه بأن الواجب أقل الامرين من العشر والغرة ووجهه أن مثبت وجوب الضمان يقرمه
 عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له وان انفصل ميتاً بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان لان ما وجد منه
 بسبب الضمان الا أنه لا يستحق على نفسه شيئاً ولو أحبل الغاصب الجارية ومات وخلف أباه ثم انفصل
 الجنين ميتاً بجناية جان فالغرة تكون لجذ الجنين وعن القاضي أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه
 الغاصب لو كان حياً وعنه أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه
 وينظر الى عشر قيمة الأم وخمس أسداس الغرة وكأنها كل الغرة والجوابان يختلفان فرأى الامام اثبات
 احتمالين في صورتين فصار في أحدهما الى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك ويستبعد في

مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة • واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثر كثرة فقال بمفهوم الصفة الشافعي ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضي عبد الوهاب إلى مالك ومن قال به أبو الحسن الأشعري وأنكره ابن سريج والقفال هذا وقال ابن سريج بمفهوم الشرط (وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخلفيه في الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معاً فكيف يمكنه التمسك في هذا الفرع به لكن الخصم في الحق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج إلى قياس ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعاً للشجرة وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود (فان قلت) بل يجب كونها للبائع عملاً بالأصل وبقائها على ملكه (قلت) لا بد في إدراجها في البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعي رضي الله عنه عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلاً باع على عهد رسول الله ﷺ حائطاً مشمراً ولم يشترط المبتاع التمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا في التمر واحتكما فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ففرض بالتمر للذي لقح النخل - البائع - وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فان قوله - البائع - دليل على أنه أراد بالذي لقح المهور لا العموم وحينئذ يعود إلى أن ذكر الصفة هل يدل على نفي الحكم عما عداه هذا بحسب هذه الرواية ولم أجد غيرها فيه عميم بحيث أثق بصحته وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل في مسنده عن عبادة بن الصامت قال «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع وان ما المملوك لمن باعه إلا أن يشترط البائع» فاما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى وقال ابن معين ليس بثقة فالحديث نسبه ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى رضى الله عنه ولفظه «فجمل التمر لمن

الثانى تضمنين من لم يغصب ولا تفرعت يده على يد الغاصب وذكر فى النعمة أن الغرة تجب مؤجلة فانما يغرم الغاصب عشر قيمة الام اذا أخذ الغرة وللإمام توقف فيه هذا ظاهر المذهب فى الولد المحكوم بحريته وفيه طريقة أخرى أنه لا ينظر الى عشر قيمة الام ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حياً وينظر اليه والى الغرة على التفصيل الذى بيناه وأشار فى الوسيط الى استمداد هذه الطريقة من القول القديم فى أن جراح العبد لا يتقدر لان عشر قيمة الام نوع مقدراً لكنه ليس بواضح فان الخلاف فى أن البدل يتقدر أولاً يتقدر فى أطراف العبد والفاتت ههنا جملة وليس لهذا البناء ذكر فى كتاب الامام لكنه قال الطريقة ملتفتة الى الخلاف فى أن ما يتلف فى يد الغاصب من أعضاء العبد المغصوب

أبرها» وقال ذكر هذا الحديث أبو اسحق في الشرح وأبو علي الطبري في المحرر ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجي قال وهذا نص وليست في هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة إلا أنه ليس في هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع فالأولى أن يستدل برواية مسلم وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك ^(١) وقال الماوردي روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له

جذدت جني نخاتي ظالما * وكان الثمار لمن قد أبرأ

فقال النبي صلى الله عليه وسلم وكان الثمار لمن قد أبر «وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى

• وهو سر غالب لمن غلب •

فقال النبي صلى الله عليه وسلم • وهو سر غالب لمن غلب •

تثبيتاً لهذا القول وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لأنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم وله تنمة تأتي في فرع مذاهب العلماء والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ في مذاهب العلماء * وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل المأبى وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن علي والطبري وقال ابن أبي ليلى يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضي الله عنه والكوفيون والأوزاعي لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر إلا بالشرط. فاخذ أبو حنيفة رضي الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعي رضي الله عنه بالمنطوق والمفهوم معاً ولم يأخذ ابن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخائفة فاشبهه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم (وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء إنما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء مالا يكون أصلاً (وأما) الثمرة فانها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال (واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة

بآفة سماوية أو بجنابة غير الغاصب يعتبر في حقه بدله المقدر في حق الجاني أم ينظر الى قدر النقصان بإيجاب العشر في قيمة الام ايجاب المقدر الواجب على الجنابة وعن بعض الأصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الامر من قيمة الولد والغرة وضعف من نقله لان الغرة ان كانت أكثر فثبتت الزيادة بسبب الحرية فكيف يستحقها المالك ومن العجب أن صاحب التهذيب أجاب بهذا الوجه في المشتري من الغاصب وجوابه في الغاصب ما تقدم ودعوى الجهل في هذا الضرب كدعواه في الضرب الاول وروي المسعودي خلافاً في قبولها لحرية الولد وان قبلت لدفع الحد كما رواه في استيلاء المرتين ويجب في حالي العلم والجهل أرش نقصان الجارية وان تقعت بالولادة فان

برزت عن شجرها وبانها يجوز أفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة وبالقياس على طلع الفحل وبانها
نماء لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزراع في الأرض وبان الزرع لا يتبع الأرض في
حالة ظهوره ولا في حالة كونه فكذلك الطالع وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها إذا لم تؤبر
حتى انتهت وصارت بلحاً أو بسراً ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه قالوا فعملنا أن المعنى في ذكر
التأبير ظهور الثمرة وبان الطالع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة (وأجاب) الأصحاب بعد
التمسك بالحديث عن الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فإنها في غلافها (وعن) الثاني
بأننا لانسـلم جواز أفرادها بالعقد على رأى أبي إسـحق الروزى لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر
فيه فهو بمنزلة الجوز في القشره العليا وأثن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية
ألا ترى أن من باع داراً فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعاً ويجوز أفرادها بالبيع (وعن)
الثالث بان الصحيح عندنا ان طلع الفحل كطلع الاناث ولو سلم فالفرق ان طلع الاناث المقصود منه
ما في جوفه وطلع الفحل هو المقصود على وجهه (وعن الرابع) بان الزرع نماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة
(وعن الخامس) بان الزرع ليس من أصل الخلقة فذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فإنها مستترة
في الشجرة من أصل الخلقة (والجواب) عن السادس انها قبل التشقق غير ظاهرة لان الثمرة
المقصودة مستترة في الكمام فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره كانت للبائع
فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفاً لآل حديث ومعناه (وعن السابع) من وجوه
(أحدها) ان الشافعي رضي الله عنه قال في القديم يدخل الطلع في الرهن تبعاً للأصل (والثاني) ان الرهن
لا يزيل الملك والبيع يزيل الملك (والثالث) ان المعنى في المؤبرة انها أخذت شبهها من الولد المنفصل
وشبهها من الجنين فتعارضاً وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة
(تتمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله ولان ثمرة النخل كالحمل الى آخره هو من كلام القاضي

تلفت عنده وجب أقصى القيم ودخل فيه نقصان الولادة وأرش البكارة ولو ردها وهي حبلى فماتت
في يد المالك من الولادة ذكر أبو عبد الله النقطن في المطارحات أنه لا شيء عليه في صورة العلم
لان الولد ليس منه حتى يقال ماتت من ولادة ولده وان في صورة الجهل قولين (واعلم) أن لوجوب
الضمان في هذه الصورة مأخذين (أحدهما) أنه أحبل جارية الغير اما بالشبهة أو بلزنا وفي كونه سبباً
للضمان ما قدمناه في المرتين (والثاني) أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد وذلك سبب الضمان وان
وجد أثره بعد الرد الى المالك كما لو جنى المصوب عند العاصب فرده ثم بيع في يد المالك وأطلق
صاحب التهمة القول بوجوب الضمان للمأخذ الثاني (وقوله) في الكتاب ويضمن المشتري قيمته

أبي الطيب وأتلك الأصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم وتقدمت الاحترازا
التي فيه لكن الشافعي رضي الله عنه في الام في هذا الموضع قال وتختلف الثمرة المؤبرة الجنين في ان
لها حصه من الثمن لانه ظاهر وليست للجنين لانه غير ظاهر ولولا ما جاء عن رسول الله ﷺ في ذلك
لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لانه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ويكون ذلك
مباحا منه والجنين لا يقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لاحد اخراجه وانما جمعنا بينهما
حيث اجتمعا في بعض حكمهما بان السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الاجماع فجمعنا بينهما
خبراً لا قياساً اذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر حكم الاجماع في جنين الامة وانما مثلنا فيه تمثيلاً
ليفقه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج الى ان يقاس على شيء
بل الاشياء تكون له تبعاً هذا كلام الشافعي رضي الله عنه وهو يقتضي الفرق بين ثمرة الحمل والاعتماد
في ذلك على الحديث وحده وكادل الاجماع في الحمل على الفرق بين قبل ظهوره وما بعده كذلك
دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأخير وما بعده وكلام الشافعي في هذا الموضع صريح
في ان الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الاصح عند الاصحاب والاصحاب ذكروا في ان الثمرة هل
يقابلها قسط من الثمن طريقين (إحدهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي (والثانية) تخريجها على قولين
كالحمل وهي ضعيفة لخالفها النص ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب وقصد الشافعي رضي الله عنه
بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة
عن الشجرة بخلاف الحمل والاصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا إلى هذا الفرق وذكروا اعتراضات على

ويرجع بها على الغاصب اذ الشراء لا يوجب ضمان الولد والكلام في الرجوع أخرناه إلى الفصل
التالي لهذا الفصل وقد ذكره هناك وفي ذكره هناك غنية عن الذكر ههنا (وقوله) فلا ضمان لان
الجنانية لا تتيقن مع - بالواو - ويجوز أعلام قوله وضمان عشر قيمة الام - بالحاء - لما سيأتي
في موضعه *

(فرع) في ذخيرة البنديجي لو وطئ الغاصب باذن المالك فحيث لا يجب المهر لو لم يأذن
فهنا أولى وحيث نوجبه فقولان محافظة على حرمة البضع وفي قيمة الولد طريقان (أحدهما) أنه على
الخلاف في المهر (والثاني) القطع بالوجوب لأنه لم يصرح بالاذن في الاحبال *

قال (ويضمن المشتري (ح) أجرة المنفعة التي فانت تحت يده ومهر المثل عند الوطء
وقيمة انعقاده حراً ويرجع بكل ذلك على الغاصب مهما كان جاهلاً ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا
يرجع وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر وهل يرجع المشتري بقيمة منفعة استوفاه فيها قولاً

القياس وانفصلوا عنها (اما) الاعتراضات فان المعنى فى الحمل لا يجوز افرادها بالعقد فلذلك كان تبعاً وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبى هريرة وهو الصحيح عند طائفة وهذا قريب مما قاله الشافعى رضى الله عنه وليس إياه وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وإنما لم يجر العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم فلما لم يجر العقد على أبعاضها لم يجر على حملها والثمره قبل التأخير تجرى مجرى أغصان الشجرة فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها (وعن الثانى) بأنها إذا كانت كامنّة فى الطلع فهى بمنزلة الحمل لأصل لها غيره فأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبة من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبة من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم وليس أحدهما أولى من الآخر فتعارضاً وقيت الثمرة على مالك البائع كما كانت (وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك إذا لم يستثن دخلت فى البيع (فائدة) كلام الشافعى رحمه الله المتقدم كالصريح فى إفادة الاجماع على دخول الحمل فى بيع

الغرور ولو بنى فقلع بناءه فالأولى أن يرجع بأرش النقص ولو تعيب فى يده نص الشافعى أنه يرجع (ز) لان العقد لا يوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة وكذا اذا تعيب قبل القبض لم يكن للمشتري الارش ولو اشترى عبداً لجارية ورد الجارية بعيب وبالعبد عيب حادث لزمه قبول العبد أو طلب قيمته وليس له طاب الارش مع العبد ولذلك فرق بين الجزء والجملة •

الفصل الثانى الكلام فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم ومالا يرجع وسنين فى خلاله ما يغرمه ومالا يغرمه وفى سائر الأيدى المترتبة على يد الغاصب مسائل نشرح ما فى الكتاب منها غير ما بالين بما يحتاج اليه من تغيير نظمه ونضيف اليها ما يتفق (الأولى) إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ولا يضمن الزيادة التى كانت فى يد الغاصب إن كانت فى يده أكثر قيمة ولا يرجع بما يضمنه عالمًا كان أوجاهلاً لأن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وان كان الشراء صحيحاً ولك أن تقول إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهذا مسلم لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف فكان الغاصب مغرراً موقعاً إياه فى خطر الضمان فليرجع عليه وان كان المراد غيره فلم قلتم أن الشراء عقد ضمان على تفسير آخر وبما انساق هذا الاشكال إلى ما حكى عن صاحب التقریب أنه يرجع من الغرور بما

الأم وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره أنهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في بطنها وليس مجرد ذلك بمصادما للإجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهري قال عن أصحابهم ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف إذا أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعا ومحل الجزم في دخول الحمل اذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره قال ابن الرفعة وفي معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ذلك ولي المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس وهل الاستتباع في هذا لأجل رضاه بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهراً أولاً أنه لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام في باب الخراج بالضمان (منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد كفال لا والقديم أنه يتبعها كما في البيع ومثلها جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه في المسألتين راض بخروج الملك في الأولى وبتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجرياً أيضاً فيما لو رهنها حائلاً فحملت (ومنها) لو خرجت عن ملكه

زاد على قدر الثمن سواء اشتراه رخيصاً في الابتداء أو زادت القيمة بعد الشراء وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن لم يلحقه ضرر (الثانية) تعيب المصوب عند المشتري بمعنى أو شلل أو نحوها ينظر ان كان بفعل المشتري فيستقر ضمانه عليه وكذا لو تلف الكل وان كان بأفة سماوية فقولان (أحدهما) عن تخريج المزني وغيره أنه لا يرجع علي الغاصب بضمانه كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك الكل تسوية بين الجملة والأجزاء وبهذا أجاب العراقيون بل أكثر الأصحاب (والثاني) وينسب إلى نص الشافعي رضي الله عنه أنه يرجع وقرره ابن سريج بأن العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفراد واحتج عليه بصورتين (إحدهما) أنه لو تعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري أن يميز العقد ويطالبه بجزء من الثمن بل اما أن يفسخ أو يميز بكل الثمن ولو تلف يستقر كل الثمن (والثانية) لو اشترى عبداً بجمارية وتقابضاهم وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً فردها وقد تلف العبد فانه يأخذ قيمته ولو لم يتلف وتعيب بعيب حادث لم يكن له طلب الأرش مع العبد بل يقنع به أو يأخذ القيمة واعلم أن في الصورة الثانية وجهين ذكرناهما في فصل الرد بالعيب فلما صر القول الأول أن يمنع ويقول له استرداد العبد وطلب أرش النقصان واليه ميل الامام (وأما) الصورة الاولى فان المبيع في يد البائع غير مضمون بقيمة بل بالثمن فاذا تلف سقط الثمن واذا تعيب أمكن رده واسترداد جملة الثمن فلا يمكن من طلب الأرش الذي هو تغيير العقد وحط من الثمن وانما يصار اليه عند الضرورة

بعوض لكن لا برضاه كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجع فيها بأعنها عند فلسه وهي - امل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل قولان (قلت) قضية المأخذين أن الاب لو رجع في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لأنه لا عوض ولا رضا مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين قال الامام والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعى بعد المبيع عن الغير ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسراً وما يجري من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود فجري الأمر في التبعية على التردد قال ابن الرفعة وحبث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالعيب ونحوه ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه افضاؤه في التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكاً لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع وهل يصح البيع قال ابن الرفعة يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان قلنا) يصح فبهنا أولى والا فوجهان قال القاضى حسين فى كتاب أمهات الاولاد قال اذا كان متزوجاً بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه

فلهذا المعنى لم يثبت الارش (الثالثة) منافع المصوب يضمنها المشتري للمالك باجرة مثلها وهل يرجع على الغاصب (أما) ما استوفاه بالسكون والركوب واللبس ففيه قولان وكذا فى الرجوع بالمهر اذا غرمه بالوطء (أحدهما) يرجع لأن الغاصب قد غره ولم يشرع على أن يضمن المهر والاجرة (وأصحهما) وهو قوله الجديد وبه قال أبو حنيفة أنه لا يرجع لأن نفعه عاد اليه ولأنه أتلف المنفعة وحوالة الضمان على مباشر الاتلاف أولى وأجرى الخلاف فى أرش الافتراض ان كانت بكراً وعدم الرجوع به أظهر لانه بدل جزء منها أتلفه فاشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها وفي التهذيب أن الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر أم لا ان أفردته لم يرجع به والارجع (وأما) المنافع التي فانت تحت يده ولم تستوفها (فان قلنا) يرجع بضمان ما استوفاه فضمانها أولى (وان قلنا) لا يرجع هناك فوجهان (أصحهما) الرجوع أيضاً لانه لم يتلف ولا شرع فى العقد على أن يضمنها (والثانى) لا يرجع تنزيلاً للتلف تحت يده منزلة الاتلاف (الرابعة) اذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حرّاً رجع به على الغاصب لأنه شرع فى العقد على أن يسلم الولد حرّاً من غير غرامة ولم يصدر منه تفويت وعن الاستاذ أبى اسحق الاسفرايينى طريقة أخرى فى شرح الفروع أن الرجوع بها كالرجوع بالمهر لان نفع حرية الولد تعود اليه (والمشهور) الاول وأرش نقصان الولادة قطع العراقيون بأنه يرجع به وعن غيرهم خلاف قال الامام وسبيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية فيجىء فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق ولو وهب الجارية المفضوبة فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال وغرمه قيمة الولد ففي الرجوع بها وجهان (وجه) الفرق أن الواهب

يعنى لأنه صار جداً قال ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ومثل الوجه في بيعها منه إذا أوصى له بحملها مذكور فيما إذا باعها من مالك الحمل والله أعلم (قاعدة) العقود التي يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب (أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصدق والخلع والاجارة كما إذا أجر داره مدة بنخله مطلقة فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة (الضرب الثاني) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخلاً فأطلعت في يد المشتري ثم أفلس فرجع البائع في عين ماله فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له فيه وجهان (أصحهما) عند الروايات التبعية وكما إذا رهن نخلاً فأطلعت فخل الدين والطلع لم يؤبر فبيع المرهون جبراً من غير رضا الراهن هل يدخل الطلع في البيع أم لا فيه وجهان وقطع الروايات هنا بالتبعية لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن وقد أطلقوا على هذين القسمين أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضاة وقد يتوقف في اطلاق العقد على الرجوع في الفليس والأمر في ذلك قريب ومن عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع عليه وحكي الجرجاني الوجهين أيضاً في بيع نخيل الفلاس في دينه (الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له على وجهين ومثل أن يهب نخلاً لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة وعد هذا القسم أيضاً من هذا الضرب اعتباراً بالعقد المبني عليه كما تقدم وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين قال الشيخ أبو حامد وغيره أنها مسألة واحدة وهي إذا رهنه نخلاً عليها طلع لم يؤبر هل يدخل في الرهن باطلاق العقد أم على قوانين قال القاضي أبو الطيب قال في الجديد لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك وكانت يقول في القديم يدخل على طريق البيع ثم رجع عنه في الجديد (الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذاً على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر وكان قد أصدقها نخلاً لاطع عليها ثم أطلعت وطلقها قبل التأخير وقبل الدخول فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولاً واحداً قال الماوردي لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الابار الأصل إلا في هذه المسألة يعني قولاً واحداً وتعليقه أن الصداق إذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالأسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لا تتميز فلأن لا يرجع

متبرع والبائع ضامن سلامة الولد له بلا غرامة (الخامسة) إذا بني المشتري أو غرس في الأرض المغصوبة فجاء المالك ونقض بناءه وغرسه هل يرجع بأرشف النقصان على الفاسد فيه وجهان (أحدهما)

بالطلع أولى فإن أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فإن له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده لم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال وفي الحاوي وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً لأنه لا معاوضة ولا تراض •

﴿ فرع ﴾ قال صاحب النخيل في ما شد عن أصول الكوفيين يعني الحنفية أنه إن رهن أرضاً أو أقر بها دخلاً أثار يعني عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون لا يدخل في البيع ولا في غيره إلا في هاتين المسألتين •

﴿ فرع ﴾ وأما قول المصنف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله وما تشق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كماؤبر فهو كذلك في الأم والمختصر وإن لم يكن بلفظه والقياس الجلي ظاهر في ذلك لأن الاعتبار بظهور الثمرة فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشق بالرياح الواقع وهو أن يكون فحول النخل في ناحية الصبا فتهب في وقت الابار فإن الابار تتأثر بروائح طلع الفحول قال الشيخ أبو حامد بل ظهورها بنفسها أولى قال الشافعي رحمه الله عليه في البويطي الابار في النخل إذا انشق الخلف وبدت الثمرة فهو وقت الابار أبر أو لم يؤبر قال الماوردي وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيعه أصح للثمرة ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال في الأنث بعد تشققها بالنفس التشق ولا التشق وهو معنى قول الأصحاب إن وقت التأبير قائم مقام التأبير وإن وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق لا بوضع طلع الفحال فيها فيكون ذكر التأبير غالباً والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك، وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به وقال ابن الرفعة مامعناه أنا إنما اتبعنا المعنى هنا ولم نتبع اللفظ ولا أجرينا فيه خلافاً لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فنجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم وقال ابن عبد البر في التمهيد لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إنائه فأخبر إباريه وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله إن حكمه حكم ما أبر لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغيبها في الخلف وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري إنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير إبار لم يحل اشتراطها أصلاً وجمداً جموداً عجيباً فقال لا يجوز في ثمرة النخل

لا كما لا يرجع بما انفق على العمارة وكأنه بالبناء متلف ماله (وأظهرهما) نعم لشروعه في العقد على ظن السلامة وإنما جاء هذا الضرر من تقرير العاصب وهذا ما ذكره العراقيون وقد ذكرنا طرفاً من المسألة

إلا الاشتراط فقط (وأما) البيع فلا حتى يصير زهواً فإذا هو صار زهواً جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم إلا في النخل المأبور خاصة ولم يطرده في غير النخل من الشجر ولا في النخلة الواحدة والنخلتين وهذا جود عجيب ينكره الفهم وعدم طرده إياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ولخالفه أن يقولوا أنه اسم جنس فإن العرب لم تلزمه تاء التانيث قال الله تعالى (أعجاز نخل منقعر) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهيم بخلاف الرطب فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلزم فيه العرب التانيث يصح أن يكون اسم جنس والنخل من هذا القبيل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الآن يشترط المبتاع أي كل ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع كلها أو شيء منها كالنصف والثالث وأي جزء كان معلوماً فلا تكون كلها للبائع بل على حسب الشرط والعموم في الأول مأخوذ من الإضافة من قوله فثمرتها والإطلاق في الثاني مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث وبه يقول جمهور العلماء ومنهم أشهب من المالكية وقال مالك وابن القاسم لا يجوز أن يشترط بعضها وكذلك قال مالك وداود وفي مال العبد لا يجوز الآن يشترطه كله أو يده كله *

﴿ فرع ﴾ هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أولاً فقد تقدم كلام الشافعي أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ومشهور مذهب مالك أن الثمرة إذا اشترطها المشتري الأصل أو اشتراها بعد أنها لأخصه لها من الثمن ولو أجيحت كلها كانت من المشتري وتمسك ابن حزم في أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى ترهق وحمل هذا على عمومهم والفائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون إلى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها *

﴿ فرع ﴾ قال أصحابنا يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع وقال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يحصل إلا بعد قطع الثمار ومن صرح بهذا الفرع القاضي حسين وفرقوا بينها وبين الأرض المشقولة بالزرع على وجه أن منفعة الشجرة تافهة *

﴿ فرع ﴾ فاما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز وإن اختلفوا في جواز أفرادها في البيع فإن ذلك بيع حقيقي وهذا استجد فيصح قال القاضي أبو الطيب قل في كتاب الصرف فذلك جائز لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله

في الغمان وذكر في التهذيب أن القياس أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العمارة وما أدى من خراج الأرض لأنه شرع في الشراء على أن يضمها (السادسة) لو زوج الغاصب الجارية المغصوبة

حين باعها اياه اذا كان استثنائها على ان يقطعها فان استثنى على ان يقرها فلاخير في البيع لانه باعه
 ثم لم يبدل صلاحها على ان تكون مفردة الى وقت قد تأتى عاينها الا فقه قبله قال القاضي أبو الطيب وهذا الكلام
 يقتضى ان من باع منخلًا قبل التأخير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع وليس يقول هذا أحد من
 أصحابنا لانه يجوز ان يشترط مطلقا وانما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها (قلت) قد قال به بعض
 الأصحاب تخريجا على ان المشرف على الزوال هل يجعل كالأزائل فان الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن
 البائع وبالاستثناء كأنها رجعت اليه فاشبهت الداخلة في ملكه ابتداء فلذلك شرط شرط قلعها والوجهان
 مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما القاضي حسين وغيره وجعلوا هذه قاعدة ان ما أشرف على الزوال
 هل يعطى حكم الزائل وخروجوا على ذلك مسائل (منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح
 كمالوا باعها ثم استأجرها او لا يصح فيه الوجهان فان قلنا هناك يصح فبهنا يجب القطع في الحال وان قلنا
 هناك لا يصح فبهنا يصح ولكن لا يجب القطع في الحال هكنا قال القاضي حسين (ومنها) اذا جنى المدبر جناية
 تستغرق قيمته ثم مات السيد ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق وفي الولا قولان (ان قلنا) المشرف
 كالأزائل العائد فالولا للورثة والا فللمتوفى ومنهم من يؤول نص الشافعى على مالذا باع الشجرة مطلقا
 ثم اشترى من المشتري الطلع فانه يجوز بشرط القطع هكذا قال القاضي حسين وغيره ومن جزم بظاهر
 النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك وان ما نقل عن
 كتاب الصرف خطأ في النقل لان سحرة نقل اذا كان اشتراها على ان يقطعها فان اشتراها على ان
 يقرها فلاخير في البيع فوق الخطأ في النقل من قوله اشترى الى قوله استثنى ووافقهم القفال على هذا
 والقاضى حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص وحمله تأويله انه أراد به اذا باع النخل قبل التأخير
 فكانت الاصول والثمره للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء الا بشرط القطع
 ولكننا نعود الى الكلام في ذلك عند بيع الثمار (واما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك نعم قد يقال اذا كان
 مقتضاه ان يكون المشتري فينبغى اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل كما لا يصح استثنائه لا يصح ههنا
 فواجه جزم الأصحاب بصحته ونظرهم بعد ذلك في انه هل يشترط شرط القطع أم لا (والجواب) عن
 هذا انها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع فان قلنا به فلا
 اشكال في جواز استثنائها وان قلنا بقول ابى اسحق المروزي وهو انه لا يجوز افرادها بالبيع فذلك لان
 المقصود فيها مغيب ولا يلزم من ذلك ان لا يجوز استثنائها فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في البيع
 وقال المالكية ان شرطها للبائع لم يجز وكان المشتري باعها قبل بدو صلاحها *

فوطئها الزوج جاهلا غرم مهر المثل للمالك ولا يرجع به على الغاصب لانه شرع فيه على أن يضمن

﴿ فرع ﴾ اذ قلنا بانه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فاطلق قال الامام دل كلام الامة ان الاستثناء باطل والثمره للمشتري قال وهذا مشكل جدا وان صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثناءه محال عندي فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد في الاشجار ويكون كاستثناء الحمل وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي وانه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه انه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع *

﴿ فرع ﴾ اذ اقيمت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام فان لم نشترط التقييد يعني بشرط القطع رأينا الابقاء وان شرطنا اوجبا الوفاء ولا خلاف ان الثمار المؤبرة اذ اقيمت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة بيعها اذا افردت شرط قطعها (قلت) لانها لم تشرف على الزوال فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضي دخولها بخلاف ما قبل التأخير وكيف ما قدر فظاهر المذهب انه لا يشترط في الاستثناء شرط القطع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي انه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد لتعذر اشتراط القطع به وهذا منه بناء على أمرين (أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والاصح) خلافه وقد تقدم الكلام فيه قريبا (والثاني) أن امتناع القطع مبني على منع القسمة وسيأتي الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشتري فلو تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض وان شاء أجاز في الاصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة وليس كما إذا قطعت يد العبد فانه إن أجاز يحير بجميع الثمن قولاً واحداً على المشهور لأن الثمن لا يتقسط على الاطراف ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعي رضي الله عنه وعن صرح بهذه المسألة القاضي أبو الطيب والحاملي والرويانى وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشتري لنفسه ثم تلفت وعن البويطى قول آخر في مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن وعن القاضي أبي حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعي رضي الله عنه ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن وهو مردود لنص الشافعي رضي الله عنه على خلافه *

المهر ويخالف ما اذا غر بحرية أمة وغرم المهر حيث يرجع على الغار على أحد القولين لان النكاح ثم صحيح والبضع مملوك له فاذا فسخ اقتضى الفسخ استرداد ما بذل له وههنا النكاح باطل وانما غرم لانتلافه

﴿ فرع ﴾ باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري انها مؤبرة ولم يعلم المشتري بتأبيرها ثم علم كان الخيار قاله الشافعي رضي الله عنه والأصحاب - القاضي أبو الطيب والرويانى والمتولى - وعلاوه بأن له بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى فان من الاشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة وأيضاً فانه يحتاج الى الدخول فى ملكه وربما يتأذى به قال ابن الرفعة ولا يقدر ذلك فى البيع قولاً واحداً وان قدح فى الزرع على وجه لان هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض *

﴿ فرع ﴾ بيع الطلع فى قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض أو على النخل بشرط القطع فيه وجهان (قال) أبو اسحق لا يصح لان المقصود من الطلع ما فى نفسه وهو مستور بما لا مصلحة فيه (وقال) ابن أبى هريرة يصح لأن الجميع مأكول والمأكول اذا استتر بعضه ببعض جاز بيعه والأول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبى حامد فيما نقل عنه والثانى أصح عند الشيخ أبى حامد والماوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجانى وقال الامام إن معظم الاصحاب ذهبوا اليه وان صاحب التقريب حكى فيه قولين وبناهما على بيع الحنطة فى سنبليها ونقل ابن الصباغ عن أبى حامد أنه اختار قول أبى اسحق ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما وهو ظاهر والمسألة مذكورة فى الكتاب فى باب النهي عن بيع الفرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن وقت التأبير لا يكون لوجود التأبير قال صاحب التتمة كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة وسيأتى فى كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة اذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشتري وان شقق فى أوانه فهو للبائع وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق فى أوانه فهل يكون للبائع إقامة لوقت التشقق مقام التشقق أولاً فيه نظر واحتمال (قلت) وهذا الاحتمال باطل والحكم كما مر مع الظهور وجوداً وعدمًا *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فحرم الحكم للمشتري فانه يترك على النخلة ثقله عنه فى النهاية وجزم به فى الروضة نقلاً عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة *

منفعة البضع حتى لو كان المغرور بمن لا يحل له نكاح الأمة لم يثبت له الرجوع بالمهر لبطلان النكاح ولو استخدمها الزوج وغرم الاجرة لم يرجع اليه الغاصب لانه لم يسلطه على الاستخدام بخلاف الوطء ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده لانه ما استوفاهما ولا شرع على أنه يضمها والقول فى قيمتها لو تلفت

﴿ فرع ﴾ باع نخلة لم يخرج طلعا فانه يخرج طلعا علي ملك المشتري فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي *

﴿ فرع ﴾ لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة كان تأ كيدا ولاك ان تقول يصير كشرط الحمل اذا صرح به وفيه خلاف وسيأتي نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح قالوا فيها يصح وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لان المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بعفدها قولاً واحداً ولكن يشترط فيه شرط القطع وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل فاذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل وفيه خلاف (والاصح) عند الرافعي بطلانه والله أعلم *

﴿ فرعان ﴾ ذكرهما أبو العباس بن سريج وتقلهما الشيخ أبو حامد في تعليقه عنده (احدهما) اشترى نخلة فأمّرت في يد البائع فالثمرة للمشتري ولا يكون شيء من الثمن مقابلاً لها وهي امانة في يد البائع فان سلمها استقر البيع في النخلة وخرجت الثمرة من امانته وان تلفت انفسخ البيع في النخلة وعليه رد ثمنها ولا شيء عليه لأجل الثمرة وان تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري وأخذ الثمرة ولا شيء للبائع (الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة واشترط كل ذلك وكانت قيمة الجميع متساوية فحدث ثمرة أخرى قبل ان يتسلمها فالثمرة الحادثة في ملك المشتري فان أكل البائع الثمرتين جميعاً كان عاصياً فيهما وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطباً فثمنه وان كان أكلها تمرّاً فثمنه واما الخارجة فالمشتري بالخيار لاجلها فان فسخ البيع رجع بجميع الثمن وان اجاز فعلى القولين في جناية البائع (ان قلنا) كالأمة السماوية اجاز في الأرض والنخل بحصتهما من الثمن (وان قلنا) كالأجنبي اعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ الغزالي رحمه الله تعالى في المستصفي من المنكرين لهذا المفهوم ولكنه في كتبه الخلافية كالتحضير بالغ في اثبات ذلك وتقريره وان عرف العرب في الاستعمال افهم اموراتكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع وان الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الاصلى فيه انما كان قبل التخصيص أما بعد التخصيص ارتفع

في يده قد تقدم فان غرمها رجع بها قال الأئمة والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتبت يده على يد الغاصب عن جهل ان شرع فيه على أن يضمّنه لم يرجع به وأن شرع على أنه لا يضمّنه فان لم يستوف ما يقابله رجع به وان استوفاه ففيه قولان وعلى هذا فلو كان المفصوب شاة فنتجت في يد المشتري أو شجرة فأمّرت فأكل فائدها وغرمها للمالك ففي الرجوع بما غرم الغاصب قولان

الاشكال وصار ذلك معلوماً بدليل من جهة الشرع والسر في الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم التلقيب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفاً للنفي والاثبات بطريق الإيجاز ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة إما أن تتمثل في الذكر بقوله من باع نخلة فإنها تتناول المؤبر وغير المؤبر فإذا استدرك وقال بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصاً وقطعاً عن جملة وأما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكراً للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله الثيب أحق فانه قطع عن البكر إذ الشيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم والعلف أيضاً كذلك مع إثبات الشيابة بذكر الشيابة والسوم بالضرورة واليوم في قوله (وأتموا الصيام إلى الليل) والتأثير في البكارة والعلف والليل والاستتار وليس في إثبات البر نفي الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أولاً اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم إلى الذكر القاصر فاما مجرد الذكر فلا يدل والتخصيص دليل بالوضع العرفي فلا يخرج عن كونه دليلاً لإقرينة فليدرك التفاوت بين الرتبين وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه وفهم بذوقه الفرق بين الرتبين فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك (أما) من لم يشهد ذوقه للفرقة قال فهو جدير بأن لا يكلم ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم وهذا السر هو الموجب لسكوننا لم نقل بمفهوم قوله (فإن خفيتم أن لا يقيم حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) ومفهوم قوله عليه السلام «أيا امرأة نكحت نفسها بغير إذنها فنكاحها باطل» (أما) الأول فلأن الخلع لا يتفق إلا في حالة الشقاق ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافاة وما لا يقع عرفاً فليس من غرض الشرع بيانه فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ولم يقع البعض عن البعض وذكره للحقوق ذكره لمحل الحاجة إلى البيان وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة إما أن تفوض أمرها للولي لحياها أو تستقل لزوال حياها (أما) المباشرة بإذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه والله أعلم *

كالمرء وان هلك تحت يده فالحكم كما في المنافع التي لم يستوفها ذكره في التهمة وكذا القول في الاكساب وان انفصل الولد ميتاً فالظاهر أنه لا ضمان وكذا اذا انفصل ميتاً في يد الغاصب ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره غرم أجره مثلاً وفي الرجوع قولان كالمرء ويعزم المشتري الابن وان انصرف إلى سخلتها وعاد نفقه إلى المالك كما لو غصب علفاً وأعلف به بهيمة ماله كنه السكن قال صاحب التهذيب وجب أن يرجع به على الغاصب لأنه لم يشرع فيه على أنه يضمه ولا عاد نفقه إليه ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجره المثل للمالك ولم يرجع بها على الغاصب لأنه شرع فيه على

(فائدة أخرى) في التأثير عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال ما للناس قالوا يلقحون فقال لالقاح أولاً أدرى اللقاح شيئاً فقال فتركوا اللقاح فخرج تمر الناس شيئاً فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما شأنه قالوا كنت نهيت عن اللقاح فقال ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقموا «أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الاذن فيه وتقل عن بعضهم أن قوله لالقاح صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ومال الحازمي إلى أن ذلك ليس بحكم شرعي وقوله في رواية أخرى «إنما ظننت طناً فلا تؤخذوني بالظن ولكن إذا حدثتكم عن الله تعالى شيئاً فخذوا به فإني إن أكذب على الله» ثم قال الحازمي وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ولذلك أبقينا معنى في الناسخ والمنسوخ •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

(١) يياض بالاصل

(وإن باع فحلاً وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان أحدهما أنه لا يدخل في بيع الأصل لأن جميع الطلع مقصود ما كؤل وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتيق والثاني أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح لأنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل كطلع الأنث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود مافيه وهو الكش الذي يلقح به الأنث وهو غير ظاهر فدخل في بيع الأصل كطلع الأنث) •

(الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة وآخره لام ذكر النخل وقال ابن فارس الفحال فحل النخل وهو ما كان من ذكره فحلاً لأنثاه قال ابن قتيبة وهو فحال النخل ولا يقال فحل (١) ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضي الله عنه فإن الشافعي قال وإن كان فيها فحول فقال هذا المعترض إن هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل ولا في جمعه فحول وإنما يقال فحال وجمعه فحاحيل وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة وقد ورد به الشعر • قال الشاعر

تأبدي يا ذيرة العمل • بأبدي من جيد فلي • إذ ضن أهل النخل بالبحول

والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو مافى بطون طلع الفحال الذي يلقح بها طلع الأنث

أن يضمها ويسترد الأجرة المسماة ولو أعارها رجع المستعير بما غرم للمنافع التي فانت تحت يده وفي الرجوع بما غرم للمنافع التي استوفها القولان وكذا غرم الأجزاء الثالثة بالاستعمال • واعلم أن كل مالو غرمه المشتري يرجع به على الغاصب فلو طولب به الغاصب وغرمه لم يرجع به على المشتري وكل مالو غرمه المشتري ولم يرجع به على الغاصب لم يرجع به على المشتري وكذا الحكم فيمن غير المشتري ممن ترتبت يده على يد الغاصب (وقوله) في الكتاب ويزجع بكل ذلك على الغاصب جواب في المهر

(أما) الأحكام فقال أصحاب تبعاً لشافعي إذا كان في النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع وأما أن يبيعهما معاً فإن أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طلعها أولاً فإن تشقق شيء من طلعها فالثمرة للبائع بلا شبهة وإن لم يكن تشقق شيء من طلعها (فأحد) الوجهين أنه للمشتري وهو الصحيح وقال المصنف في التنبيه والشبهخ أبو حامد في تعليقه أنه المنصوص وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال للبائع مستدلاً بأن ظهور طلع الفحول بثمرته تشقق طلع الأنث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الأنث فإن المقصود ما في جوفه فإذا لم يظهر بالتشقق يكون المشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في التحرير ورد لأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحول ليس هو الأكل بل الكشف الذي يلقح به وهو غير ظاهر فهو كالأناث في التشقق سواء قال الماوردي هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الأنث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب قال بعضهم قياس تحقيق فعلى هذا لا يصير طلع الفحول مؤبراً إلا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتباراً بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحول مؤبراً اعتباراً بالعرف اه ولو كان قد تشقق شيء من طلع الأنث وأفرد المذكور بالبيع وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كل وجهين الآتين فيما إذا أفرد مالم يؤبر بالبيع قاله الماوردي وأما إذا جمع في العقد بين الفحول والأنث فإن كان قد تشقق شيء من طلع الأنث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقاً (أما) على الصحيح فلائ الكل كطلع الأنث وأما على الوجه الآخر فإن طلع الأنث تشقق وطلع الفحول له بكل حال وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الأنث وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحول للمشتري بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع الآخر كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام في القسم الآخر لغير المتشقق فيه فهو كجنس آخر وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف وقال الجوزي إذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا فقال أبو حفص إنما جعلت الفحول تابعة لأنها الأقل فالنادر يدخل في الغالب ولأن الغرض من طلع الفحول أكله غالباً فاستوى المؤبر منه وغيره وقال غيره إذا تشقق شيء من الأنث فبأبى الحائط وذكوره وأناثه

المعروم عند الوطء بقول الرجوع وقد مر أن أصح القولين ومذهب أبي حنيفة منع الرجوع فيجوز أن يعلم ما ذكره - بالحاء والواو - لذلك وأيضاً فالطريقة المروية في قيمة الولد (وقوله) فيرجع المشتري بقيمة منفعة استوفاهما يدخل فيه منفعة البضع المستوفاة بالوطء كما يدخل سائر المنافع وإجراؤه على إطلاقه ممكن ففي جميع ذلك قولان كما سبق لكن الأشبه أنه أراد ماسوى منفعة البضع وأما إذا وطئ وغرم المهر وقد ذكره مرة وحكم فيه بالرجوع على العاصب (وقوله) فيه قولاً الغرور أي ومباشرة الاتلافات على ما مر في تقديم الطعام المغصوب فحذف أحد الطرفين • وأعلم قوله في نقل

تبع له واذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقي من الذكور والاناث تابع فهذا الكلام يقتضي أن
أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بان طلع الفحل للبائع بكل حال وانه علل تبعيتها للاناث عند
الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهي المذرة غير أن التعليل بالنذور انما يتم على ما هو المهور غالبا فلو
فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصلا لان طلع الاناث ولا من طلع
الفحول فعلى الصحيح الكل للمشتري وعلى الوجه الآخر طلع الاناث للمشتري والفحل للبائع وقال
القاضي حسين على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون
البعض وجمع بينهما في العقد وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النمرع
وكذلك حكى الوجهين وقال ان الأصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول
يتبع طلع الاناث وقال المتولي انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين فلا يجعل الاناث
تبعاً لها وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطام كله للبائع وحكى في الحاوى
وجهها وصححه ان طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث لأن مقصود
الشارح طلع الاناث وطلع الذكور يقصد لما قيحه لالنفسه وهذا الوجه هو الذي يدل عليه نص الشافعي
رضي الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء الله تعالى فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتي على الوجه الآخر
وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري وينبغي أن يأتي فيه وجه أن
طلع الاناث أيضا للبائع بناء على ان أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضي حسين
الأن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو
بعيد واعلم ان عبارة المختصر وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر الاناث فتمرتها للبائع وظاهر هذه
العبارة اذا باع الفحول والاناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكمل للبائع وهي الصورة التي حكينا
الاتفاق فيها على ذلك وأبدينا فيها احتمال وجه وعبارة الشافعي في الأم ومن باع أصل فحل
نخل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فتمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع وهذا يشبه عبارة

النص في التعيب أنه يرجع - بالزاي - اشارة الى تخريج الزنى (وقوله) فليس له طلب الارش يجوز اعلامه
- بالواو - (وقوله) فذلك فرق بين الجملة والجزء هكذا هو في بعض النسخ وفي بعضها وكذلك
فرق أي الشافعي رضي الله عنه وهما صحيحان *

قال ﴿وتقصان الولادة لا يجبر (ح) بالولد فان الولد زيادة جديدة﴾ *

اذا انتقصت الجارية بالولادة وكان الولد رقيقا في قيمته ببعض نقصانها أو بكاه لم يجبر به النقصان
بل الولد له ويأخذ الارش خلافا لأبي حنيفة * لنا أن الولد زيادة تحدث على ملكه ألا ترى أنه يسلم

المختصر الا ان اطلاق عبارة الام تصدق على ما اذا باع الاصل وحده بعد تأييد الأناث وهذا لا يستمر
الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد مالم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس
ومفهومه يقتضى انه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشتري كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه
المنصوص وفى ظاهره اشكال لانه يشمل ما اذا تأبر هو قبل تأبر أن الاناث ولا يمكن القول بأن ذلك
للمشتري فلذلك عبارة المختصر أبين ثم قال الشافعى فى الام ومن باع نخلا قبل ان تؤبر اناث النخل
فالثمرة للمشتري وهذا النص يقتضى أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن
الأصحاب أنه اذا تشقق شيء من طاع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ويشهد الاحتمال
الذى ابديته فيه هذان كان قول الشافعى نخلا بالنون والحاء المعجمة وان كان بالفاء والحاء المهملة فاشد
فانه حينئذ يقتضى أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشتري ولا قائل بذلك
نعلمه من الأصحاب وانما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى لأنه أتى به فى مقابلة من باع فحلا
بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل ان يؤبر وان كان ذلك ليس بلازم والله سبحانه وتعالى
وأعلم يؤيد ما قلته ان الشافعى قال أيضا فى المختصر ولو تشقق طاع أناته أو شيء منه فهو فى معنى ما أبر
نخله فمفهوم هذا أنه لا يكتفى فى ذلك بتشقق طاع المذكور (فائدة) أطلق المصنف الوجهين فى هذا
الكتاب ولم ينسب شيئا منهما الى النص وكذلك فعل القاضى أبو الطيب وفى التنبيه قال وقيل ان
ثمرة الفحال للبائع بكل حال وهو خلاف النص وكذلك فعل الشيخ أبو حامد فهذا احد المواضع
التي يؤخذ منها ما اشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبى حامد والمذهب من
طريقة القاضى أبى الطيب وذلك غير مستمر فسيأتى فى تقسيم الشجر تبع الشيخ أبى حامد ولم يتبع
أبا الطيب لكن ذلك فى صنعة التصنيف لافى النقل وفى ذلك الوضع يأتى كلام فى مخالفته أبى حامد
أو موافقته والظاهر عندي أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما نعم ان كان ذلك فى الأكثر
فربما ويترك ذلك فى بعض الاوقات لما يترجح عنده ولم أقف من نص الشافعى فى الفحال الا

له وان لم يكن فى الام نقصان وملكه لا يجبر نقصان ملكه ولو ماتت الام من الولادة والولد واف
بقيتها فلهم فيه اختلاف وقد فرغنا من شرح كتاب الغصب ونختمه بمسائل منشورة (منها) أسند خشبة
تعب بحملها الى جدار يستريح ان كان الجدار لغيره ولم يأذن فى اسناده اليه فهو متعد يضمن الجدار
ان وقع باسناده اليه ويضمن ما تلف بوقوعه عليه وان وقعت الخشبة وأتلفت شيئا ضمن ان وقعت
فى الحال وان وقعت بعد ساعة لم يضمن وان كان الجدار له أو لغيره وقد أذن فى اسناده اليه
فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة فى الحال أو بعد ساعة تشبها بفتح رأس الزق (ومنها) غصب داراً

ما حكيت به عن الام والمختصر فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ويحتمل أنهما أخذهما من ذلك والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي إذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره لأنه من مصلحته وكان أبو اسحق يمنع من بيعه حتى يصير بارزاً قال وليس هذا بصحيح ونسب الامام الأول إلى معظم أصحابنا وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين وأنه بناهما على بيع الحنطة في سنبلها قال الامام وهذا مقدر حسن ﴿ فائدة أخرى ﴾ ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة الفحال نص للشافعي وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الأبار حد لملك البائع لأن الأبار عبارة عن إصلاح طلع الأناث بعد تشققه أو شققه بالكش الذي في طلع الفحال فلا أبار في الفحال فلا دخول له في هذا ولا يمكن حمل كلامه في التنبيه في قوله وهو خلاف النص على نص الحديث لأن الحديث إنما يحمل على التأخير اللغوي وهو إنما يكون للأناث على ما سبق وجعل التشقق في معناه حكم شرعي من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى *

﴿ فرع ﴾ باع فحلاً لا طلع عليه ثم أطلع قبل لزوم العقد قال في الاستقصاء (فإن قلنا) إنه كطلع الأناث فهو للمشتري (وان قلنا) إنه كالمؤبرة وقلنا أنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضاً للمشتري (وان قلنا) أنه لا يملك إلا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه *

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ وان باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع لأننا لو قلنا ان مؤبر للبائع ومالم يؤبر للمشتري أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فجعل مالم يؤبر تبعاً للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر ولم يجعل مؤبر تابعاً لما لم يؤبر لان الظاهر لا يتبع الباطن ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع ﴾ *

وتنقضها وأتلف النقض ضمن النقض وما نقص من قيمة العرصة وحكى الشيخ أبو حامد وجهين في أنه يضمن أجرة مثلها دلاً إلى وقت الرد وإلى وقت التنقض (ومنها) غضب شاة وأنزى عليها فحلاً فالولد للمغصوب ولا شيء عليه للأنزاء انتهى عليه السلام عن عسيب الفحل فان انتقص غرم الارش ولك أن تقول للمغصوب منه ولو غضب فحلاً وأنزاه على شاته فالولد مغصوب منه وجب أن يخرج وجوب شيء للأنزاء على الخلاف في جواز الاستئجار (ومنها) غضب جارية ناهدا فتدلى نهداها أو عبدا شاباً فشاخ أو أمرداً فالتحى غرم النقصان وعن أبي حنيفة أنه لا يضمن في الأمر ولو غضب خشبة واتخذ منها أبواباً وسمرها بمسامير من عنده نزع المسامير وان انتقصت الأبواب بذلك ضمن

(الشرح) الحائط وهو البستان من النخيل^(١) (أما) الأحكام في هذه الجملة مسألتان (الاولى) إذا باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كاللؤبر وجعل ما لم يؤبر تابعاً لما أبر (أما) إذا كان نوعاً واحداً فاتفق عليه الأصحاب تبعاً للشافعي رضي الله عنه واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشملة قوله صلى الله عليه وسلم «من باع نخلاً قد أبرت» قال ابن عبد البر وأصل الأبار أن يكون في شيء منه الأبار فيقع عليه اسم أنه قد أبر كما لو بدا صلاح شيء منه وفيما ذكره من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى لاسيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعاً فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضي أن لفظ الحديث وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع وهذا لو ثبت كان صريحاً في المطلوب لكني لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها وإنما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل البيعة وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع واللفظ لدى ذكره ابن حزم لم يذكره بأسناد بل أتى به في ضمن استدلال فاعله لم يثبت فيه نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلع النخلة بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت فيكون جميع ثمرتها للبائع وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالاً بالحديث ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل بل يكتفون بتأبير بعضها واستدل أبو اسحق المروزي لذلك بما ذكره المصنف وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرها وأجابوا عنه وهو أنه هل لأجل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر في دخوله في البيع وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر وليس الظاهر تبعاً للباطن فإن ما بطن من أساس الحائط ورؤس الاجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع وأيضاً فإنه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الاول ان الحكم بتبعية الاساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري اتبع شرطه فإنها لو كانت كلها مؤبرة

(١) يياض بالاصل

الأرث ولو بذلها ففي اجبار المصوب منه على قبولها وجهان ذكرناهما في نظائرها (ومنها) غصب ثوبا ونجسه أو نجس عنده لم يكن له تطهيره ولا للمالك أن يكفئه التطهير ولو غسله وانتقصت قيمته ضمن النقصان ولورده نجساً فهو بر التطهير على الغاصب وكذا أرث النقصان اللازم منه وتنجيس الساع الذي لا يمكن تطهيره اهلاكاً وتنجيس الدهن ينجس على امكان غسله ان جوزناه فهو كالثوب (ومنها) قال في التتمة لو غصب من الغاصب قابراً للمالك الأول عن ضمان الغصب صح الإبراء لأنه مطالب بقيمته فهو كدين عليه وإن ملكه المصوب يرى وانقلب الضمان على الثاني حقا له وإن باعه من غاصب

وشرط بعضها اتباع شرطه وسوء المشاركة موجود فكانها ارضيا به وأورداه العقد عليه وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها فكذلك التأخير ولك أن تجيب بأن المعنى في الاصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى إلى أن لا يصح بيعها بحال فانه إلى أن يتكامل فيها يتساقط الاول فيؤدي إلى فساد الثمرة وتأذى مالها وليس هذا المعنى موجودا هنا والله أعلم وفي كلام الشافعي في الام إشارة إلى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب (وأما) إذا كان الحائط أنواعا فالذهب أيضا أن مالم يؤبر تابع لما أبرفت الشافعي قال إذا بيعت رقبة الحائط وقد أبرت من نخلة فثمرة تلك النخل في عامه ذلك للبائع ولو كان منه مالم يؤبر ولم يطلع لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامة ذلك حكم واحد كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤبر قال صاحب التتمة ويخالف الجارية الحامل بولدين وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب لان الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالام فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأخير متصل بالشجرة هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون بعض طلعا مؤبرا وبعضها غير مؤبر فأما إذا كان بعض النخيل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها للبائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لان نتاج الاغنام لا يتفق في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل وقال أبو علي بن خيران لا يكون تأييرا إلا في نوعه لأن الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت والنوع الواحد لا يتفاوت ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو علي بن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك ان يكون اطلع حتى يكون في حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع فقال بانه للمشتري لانه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي قدمته عن الشافعي آنفا وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع ولو كان فيه مالم يؤبر ولم يطلع وهذا نص صريح وقول ابن أبي هريرة هذا صحيحه الماوردي وسيأتي في كلام المصنف وأما ذكرته هنا لتعلقه به فانه ينتظم به فيما إذا باع نخلا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمرة جميع ذلك العام للبائع (والثاني) قول ابن خيران ليس للبائع

الغاصب أو وهبه منه وأذن له في القبض برى الاول وان أودعه من الثاني وقلنا انه يصير أمانة في يده برى الاول أيضا فان رهنه من الثاني لم يبرأ واحد منهما عن الضمان (ومنها) لورد المغصوب الى المالك أو الى وكيله أو وليه برى من الضمان ولورد الدابة الى اصطبله قال في النعمة يبرأ أيضا اذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره وقيل ان لم يعلم ويخبر لا يبرأ فان امتنع المالك من الاسترداد رفع الامر الى

الامؤبرو (الثالث) قول ابن أبي هريرة ان للبائع المؤبرو المطلعة غير المؤبرة عند البيع والمشتري ما أطلع بعد البيع والله أعلم ولم يقل أحد من الأصحاب بأفراد المؤبر بحكمه ومذهب مالك رحمه الله أنه اذا أبرأ كثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع وان كان المؤبر أقله فكله للمبتاع واضطربوا اذا أبر نصفه قال ابن عبد البر والأظهر من المذهب انه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع *

﴿ فرع ﴾ هذا كله فيما اذا باع الجميع أما اذا أفرد غير المؤبر بالبيع فسيأتي ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسئلة الثانية) اذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الأخرى وباعهما فإن المؤبر للبائع ومالم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به القاضي أبو الطيب والماوردي الروياني كما فرقنا في الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على بدو الصلاح فإن بدو الصلاح في أحد الحائطين لا يستتبع الآخر وفيه وجه آخر ان البستانين يتبع الآخر وجعل الرافعي الخلاف في البستانين مرتب على البستان الواحد فحيث قلنا في البستان الواحد أن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه فهنا أولى وحيث قلنا بان غير المؤبر يتبع فهنا وجهان (أعجمها) إن كان بستان يفرد حكمه والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا في وقت التأبير فاقتضى كلام الرافعي رحمه الله جريان الخلاف في البستانين في صور (إحداها) عند اتحاد النوع

الحاكم (ومنها) عن القفال وغيره ان المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضمان يرى الأول لان القرار على الثاني والاول كالضامن وهذا ان فرض بعد تلف المال فهو بين واما قبله فليخرج على صحة ابراء الغاصب مع بقاء المال في يده وفيه خلاف مذكور في كتاب الرهن *

﴿ حديث ﴾ أبي طلحة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عندي خمرة أيتام قال أرقها قال ألا أخلها قال لا: تقدم في الرهن *

﴿ حديث ﴾ النهي عن عصب الفحل تقدم في باب البيوع المنهى عنها *

﴿ قوله ﴾ في أثر عن الصحابة أن في عين الفرس والبقرة الربع سعيد بن منصور عن ابن علية عن أيوب عن أبي قلابة أن عمر قضى في عين الدابة ربع قيمتها ورواه البيهقي وقال هذا منقطع قال وروى عن عمر أنه كتب به إلى شريح ووصله جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح عن عمر وجابر ضعيف ورواه الدمياطي في كتاب الخيل من حديث عروة البارقي قال كانت لي أفراس فيها فحل مشتراه عشرون ألف درهم فقفا عينه دهقان فأتيت عمر فكتب إلى سعد بن أبي وقاص أن خير الدهقان بين أن يعطيه عشرين ألف درهم ويأخذ الفرس وبين أن يأخذ ربع الثمن الحديث وإسناده قوى وروى الطبراني في الكبير من حديث زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عين الفرس بربع ثمنه وفي إسناده أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف *

والصفة (الثانية) عند اختلاف النوع على المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفة إذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فانه يكون كما لو أفرد غير المؤبر فى البستان الواحد ولنا فيه خلاف سيأتى الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى كلام الرافعى أن يأتى فى البستانين خلاف إذا أفرد غير المؤبر بالبيع وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأولتين ما اقتضاه كلام الرافعى من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفة موجود لغيره فان القاضى حسين حكى عنه فى ذلك وجهين وأما عند اختلاف النوع فغريب وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية وجعل محل الوجهين فيما إذا كان الصنف واحداً فأما إذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب يبدو الصلاح أمنها من العاهة وقد يقال انه حاصل بدخول وقته وإن لم تشمل صفة المطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضه بارزاً وهو مفقود ههنا قل الرافعى وغيره ولا فرق بين أن يكون البستانان مثلاً صفيين أو متباعدين قل ابن الرفعة يشترط أن يكونا فى إقليم واحد بل فى مكان طبعه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه وعليه يحمل كلام الرافعى وغيره ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون أحدهما مشمراً غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطاً فان صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل لكن ينبغى أن يضبط ذلك بضابط فان قطعى الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التى لها جانبان وجعل التأثير فى أحد الجانبين دون الآخر ثم باع الجميع فان ما لم يؤبر تابع لما أبر فاذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك فينبغى أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا فى العرف مكانين ولا يعدان مكاناً واحداً وأسباب ذلك إما حاجز بينهما وإما غير ذلك مما هو معلوم فى العرف فان من الأراضي ما هى قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراضى لأرض واحدة لنوع من التمييز بينهما (وأما) القطعة الواحدة إذا أبر جانب منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية لأن صاحب الحاوي قال ^(١) وقال الشيخ أبو حامد انه لا يشترط الحاجز وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة إلى ما قلناه •

﴿ كتاب الشفعة • وفيه ثلاثة أبواب ﴾

﴿ الباب الأول فى أركان الاستحقاق ﴾

قال ﴿ وهى ثلاثة المأخوذ والآخذ والمأخوذ منه (الأول المأخوذ) وهو كل عقار ثابت منقسم •

احترزنا بالعقار عن المنقول فلا شفعة فيه عن الشر يك لخفة الضررفيه •

﴿ كتاب الشفعة • ﴾

(فرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصل إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة وغير المؤبر يتبع لافرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه وهذا وإن كان من الواضحات فإن صاحب العدة صرح به فذكره تبعاً له ورغبة في الايضاح والله سبحانه أعلم •

• قال المصنف رحمه الله •

(وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فابرمطلع ثم باع الحائط ثم أطلع الباقي ففيه وجهان قال أبو علي بن أبي هريرة ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون المشتري لانه حادث في ملكه فلا يصير للبائع والثاني أنه يتبع المؤبر فيكون للبائع لانه من ثمرة عامه فجعل تابعاً له كالطاعم الظاهر في حال العقد فإن أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذي لم يؤبر بالبائع ففي طلع وجهان أحدهما أنه للبائع لأننا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبائع والثاني أنه للمشتري لانه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه فيصير تابعاً له فاما إذا أفرد فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله •

(اشرح) فيه مسألتان (المسألة الأولى) إذا باع جميع نخل البستان وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد فاطلع بعد البيع في ذلك المشتري فلا اشكال في أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقد مطلقاً غير مؤبر تابع له فيكون للبائع أيضاً (أما) ما أطلع بعد ذلك فأن كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري وليس محل الوجهين نبه عليه الماوردي وهو ظاهر من كلام المصنف وإن كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة وادعي الماوردي أنه الأصح وتبعه ابن أبي عصرون أن ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه وقد صحح ابن الصباغ أيضاً هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخلة المبيعة بثمره البائع (والثاني) وهو قول أبي حامد الأسفراييني وقال أنه المذهب أنه يتبع فيكون للبائع خوفاً من سوء المشاركة كما نأجلنا ما لم يؤبر تبعاً لما أبر خوفاً من سوء المشاركة ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعي وفرق الماوردي منتصراً لقول ابن أبي هريرة بأن لم يؤبر يدع العقد عليه ويلزم فيه بالشرط فجاز أن يصير تبعاً لمقدار استثناءه

الشفعة مأخوذة من قولك شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعاً به كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه يقال أصل الكلمة التقوية والاعانة ومنه الشفاعة والشفيع لأن كل واحد من الوترين يتوى بالآخر ومنه شاة شافع التي معها ولدها لتقويها به وفسرت في الشريعة بحق مالك قهرى يشب للشرىك القديم على الحادث وفيه مجال لمضايقات (منها) أن الشركة مأخوذة في هذا التفسير ولو كان كذلك لما انتظم قولنا هل تثبت الشفعة للجار أم لا والأصل في الشفعة الأخبار التي نوردناها متفرقة في

العقد قال ولو كان التعليل المذكور صحيحاً كان بيع الم يخلق تبعاً لما خاق كما يجوز بيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه قال وفيما ذكرنا من ذلك دليل على توهاء قوله وفساد تعليله يعني أبا حامد (قلت) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك بالنص بظاهر الحديث فانه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع وثمرتها تشمل ما كان مطلقاً حين العقد ومالم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل فيذبحي فيما عداه على ظاهر العموم إلا أن يقال ان قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة وهي المطلقة وليس ببعيد لكن سوء المشاورة حاصل والحاجة داعية إلى ذلك وما ألزم به الماوردي من بيع مالم يخلق تبعاً لما خلق فانما يلزم لو كان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء (وقوله) ان مالم يؤثر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ورأى غيره وقد تقدم عن أبي إسحاق أنه لا يصح بيعه وهو الاصح عند المحاملي وغيره فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور وفي التهمة ذكر نظائر هذه المسألة استنبط هذا الوجه منها وهي جارية المكاتب إذا أتت بولد من أحدها قبل الكتابة والآخر بعدها قال نص أن الولدين للسيد فاستنبط منها هذا الوجه ووجه في الجارية إذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها فأولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري وعن الحضري أنه كان يحكي في ذلك قولين (أحدهما) ما نسب إلى النص (والثاني) ما رأى الامام أنه الصواب قال ابن الرفعة ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع فستعرف في باب الجنائيات وغيره أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم مالم ينفصل منه شيء وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل فعلى هذا يكون للبائع وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن لأنه قد علم وجوده ثم قال الامام في الحالة الاولى ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب قال ابن الرفعة أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيهه ببيع الجارية الحامل بحر من حيث ان البائع لم يستثنه وانما الشرع استثناه وقد اختلف قوله يعني الامام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت) ونحريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن متعين وحكمه والتصحيح فيه معلوم

الباب وكل ما يدل على مسألة في باب يدل على ثبوت أصل ذلك الباب واحتج بعضهم بالاجماع لكنه نقل عن جابر بن زيد من التابعين وغيرهم إنكار أصل الشفعة وإذا علمت أن الحق الشفعة ثبوتاً ذهب ذهنك إلى البحث عن أنه لم يثبت وأنه كيف يؤخذ الشقص وأنه يستمر أو يسقط وبم يسقط ان سقط وهذه الأمور الثلاثة هي ابواب الكتاب الثلاثة (إما) أنه بما يثبت فاعلم أن سبب ثبوت الشفعة يتركب من أمور (منها) ما يرجع إلى الملك المأخوذ (ومنها) ما يرجع إلى الآخذ (ومنها) ما يرجع إلى الذي يؤخذ منه وسمى

في موضعه ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال ان القول بان أطلاع للمشتري لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره والوجود في تعلقه والمنقول عنه خلاف ذلك (المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فافرد المؤبر بالبيع فلا اشكال في أن ثمرته للبائع وان أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلاً وتعليلاً ومن حكاهما القاضي أبو الطيب (وقوله) فصاركما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع يعني اذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كماؤبر فاذا افرده بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ونظير المسألة اذا بدا الصلاح في بعض الحائط فافرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين (والصحيح) أن أطلاع للمشتري ومن صححه صاحب البيان وقال امام الحرمين ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه وهذا الكلام من الاثام قد يوم ان من الاصحاب من يقول ان وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضي ذلك وقد يوم ذلك أن هذا القائل يكتفي بحضور الوقت أن يحصل تأبير أصلاً ولم أعلم من قال بذلك وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصل تأبير في غير المبيع ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام وجزم الفوراني بأنه إذا افرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع انه ليس حكمه حكم المؤبر فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما إذا افرد مالم يؤبر من نوع واحد ويمكن أن يكونا مطلقاً بناء على ان التأبير في احد النوعين تأبير في الآخر وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما إذا افرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على اطلاقهما •

• قال المصنف رحمه الله •

قال الشافعي رحمه الله والكسف اذا بيع أصله كالنخل وأراد به كسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كام وتتشقق عنه كالنخل فان باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمعتري وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل وأما ما لا يحمل الاسنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزراع ويحى. حكمه ان شاء الله تعالى •

صاحب الكتاب هذه الثلاثة ثلاثة أركان الاستحقاق لتعلقه بها وترك سببه من الأمور معتبرة فيها فقال (الباب الأول) في أركان الاستحقاق (الركن الأول) المأخوذ فاعتبر فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون عقاراً قال الاصحاب والاعيان ثلاثة أضرب (أحدها) المنقولات فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض وعن مالك ثلاث روايات (أحدها) إثبات الشفعة في كل منقول باع أحد الشفيعين نصيبه منه (والثانية) إثباتها في السفن خاصة (والثالث) أنها إن بيعت وحدها فلا شفعة فيها وان بيعت

﴿الشرح﴾ الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء القطن ويقال له الكرسف والبرسف وهو على نوعين منه ما يبقى في الارض سنين ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وابين وتهامة والشام والبصرة قال المحاملي والبلاد الحارة فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ويترك القشر على الشجر كما يترك كمام الطالع على الشجر وقيل ان بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات ويمضد عليه كما يمضد على الشجر وقد عده الاصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرد بالذكر وهو أولى فان فيهما وجهها كما سيأتي بالحاقهما بالذرع ولهما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل على أن من الامثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كانه أشبه بالشجر منه فذلك أفرد بالذكر وكذلك الشافعي رضي الله عنه أفرد بالذكر قال والكرسف اذا بيع أصله كالنخل قال الاصحاب في هذا النوع من الكرسف انه اذا باع الأرض كان تابعاً لها وان أفرد بالبيع جاز مطلقاً ولا يشترط شرط القطع واذا باعه مفرداً أومع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها وكان فيه جوز فان كان قد تشقق منه شيء كان الكل للبائع الآن يشترط بالمشتري وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثرة النخل سواء فالتشقق هنا بمنزلة التأخير في النخل وكلام المصنف مصرح بانه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع والاصحاب مساعدون له على ذلك ومن جعلتهم صاحب التهذيب وافق في ان الكرسف في ذلك كالنخل وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره

مع الأرض ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشتري ولنا قوله **عليه السلام** «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة البخاري بهذا من طريق أبي سلمة عنه ولمسلم نحوه بمعناه من طريق أبي الزبير عن جابر وقل ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه عندي ان من **قوله** إذا وقعت إلى آخره من قول جابر والمرفوع منه إلى **قوله** لم يقسم واعلم الطحاوي بأن الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه ورد عليه بأنها ليست بعلة قاذحة وسيأتي الكلام عليه بعد حديث آخر *

(١) ﴿حديث﴾ جابر إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة البخاري بهذا من طريق أبي سلمة عنه ولمسلم نحوه بمعناه من طريق أبي الزبير عن جابر وقل ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه عندي ان من **قوله** إذا وقعت إلى آخره من قول جابر والمرفوع منه إلى **قوله** لم يقسم واعلم الطحاوي بأن الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه ورد عليه بأنها ليست بعلة قاذحة وسيأتي الكلام عليه بعد حديث آخر *

(٢) ﴿حديث﴾ أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به وروى الشفعة في كل شرك ربع أو حائط مسلم من حديث جابر وله طرق (تنبيه) الربعة بفتح الراء وإسكان الموحدة تأنيث ربع *

(النوع الثاني) مالا يحمل الاسنة واحدة وهو قطن بغداد وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة فحكمه حكم الزرع ان باع الارض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه مالم يكن جوزا منعقدا غير متشقق فسيأتي أنه يمتنع على المشتري اشتراطه هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الارض سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شيء منه لان المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل فان باعه مع الارض بطل فيه وفي الارض قولاً تفریق الصفقة وكذلك في الزرع مع الارض سواء قاله القاضي أبو الطيب وان باعه وحده فان كان حشيشا لم ينعقد جوزه أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه لان المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل فعلى هذا ان باعه مفردا بطل وان باعه مع الارض بطل فيه وفي الارض قولاً تفریق الصفقة وكذلك اذا باع الارض واشترط المشتري ان يكون ذلك له واقتصر الرافي في ذلك على ما ذكر صاحب المذهب نقلاً وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضي أبي الطيب فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الارض وجاز لمشتري الارض أن يشترطه وهل يدخل القطن في البيع قال صاحب التهذيب يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة لان الشجرة مقصودة كثمار سائر الاعوام ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وقال القاضي حسين انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لاقية لها وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها أو يجعل المرهون ما فيها لانه المقصود عادة وفيه وجهان (أصحهما) الاول قلت وان لم يتشقق قل في التهذيب لم يصح بيعه على الاصح وقال القاضي حسين يصح في الاصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بني على أصله قال ابن داود فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بان المقصود منه ^(١) وفي البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وان تشقق جوزه كالطعام في سنبله وهذا محمول على غلط في النسخة التي وقعت لي وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الاصحاب وقال صاحب التتمة انه اذا تناهى

(١) يابض بالاصل

« الشفعة في كل شرك ربيع أو حائط » (الضرب الثاني) الاراضى فتثبت الشفعة فيها سواء بيع الشقة منها وحده أو مع شيء من المنقولات ثم في الحالة الثانية يوزع الثمن عليه وعلى ذلك المنقول كما سيأتي (والثالث) الاعيان التي كانت منقولة في الاصل ثم أثبتت في الارض للدوام كلابنية والاشجار فان بيعت منفردة فلا شفعة فيها لانها في حكم المنقولات وكانت في الاصل منقولة وتنتهي اليه وان طال أمدها وليس معها ما يجعل تابعة له وحكي الامام أبو الفرج السرخسي وجهاً أنه تثبت الشفعة فيها لثبوتها في الأرض (والمذهب) الاول وان بيعت الأرض وحدها ثبتت الشفعة فيها ويكون

نهایتہ ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر الخريف فيبيع جائز مطلقا ويكلف تقريغ الارض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق لان الشجرة ليست بمقصودة وانما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فإنه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهي ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما في شجر البطيخ اذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الارض فلا حاجة فيه الى ذلك (واما) لاستدراك فإن أصول هذا النوع من الكرسف لا تصدو حدها بدون حملها ولا يشترط فيها أحد الا والمقصود حملها فقله ان حملها لا يتبع لان الشجرة ليست بمقصودة تعليقه صحيح وليس ينبغي ان يكون فيما اذا عني أنه يشتري الاصول فقط أما اذا قال بعثك هذا القطن وهذا الزرع دخل لانه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الاصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق وكذلك اذا قال بعثك الارض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمرة فان تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالانقطاع على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلفا فعلى القولين وان لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثمرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لانه لا منفعة فيه في تلك الحالة فاما ان انعقد القطن ولم يتشقق فحكم الحنطة في السنبل هذا كلام صاحب التتمة قال فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن اصحابنا من قال فيه قولاً ببيع الغائب والشجرة وان كان قد رآها فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال في الجوز قولاً ببيع الغائب اذا بطلنا في الشجرة قولاً بغير الصفقة وقد ذكر صاحب البيان ان قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين والامر في ذلك يرجع الى المشاهدة والفقه قد تبين •

• قال المصنف رحمه الله •

(وان باع شجرا غير الدخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمال ثم ينفتح منه كالور فهو كالنخيل فان كان في الكمام تبع الاصل في البيع كما اطلع الذي لم يؤر وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الاصل كما اطلع المؤبر

الشفيع معه كذا متري وان بيعت الأبنية والاشجار مع الارض انا صريحا أو على قولنا ان الارض تستتبعها ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي كما سبق من الأخبار فان لفظ الربع يتناول الأبنية ولفظ الحائط يتناول الاشجار ولو كان على النخل ثمرة مؤبرة فادخلت في البيع شرطا لم تثبت فيها الشفعة لأنها لا تدوم في الأرض بل يأخذ الشفع الارض والنخيل بحصتها من الثمن وعن مالك وأبي حنيفة إثبات الشفعة فيها تبعا وان كانت غير مؤبرة دخلت في البيع تبعا وهل يأخذ فيه وجهان أو قولان (أحدهما) لا كماؤبرة

وان كان لا كلام له كالياسمين كان مظهر منه للبائع ومالم يظهر للمشتري وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان أحدهما انه ان لم ينفتح فهو للمشتري وان تفتح فهو للبائع لان الورق من هذا أكثر من سائر الاشجار والثاني انه للمشتري تفتح أولم ينفتح لانه بمنزلة الاغصان من سائر الاشجار وليس كالثمر لان ثمرة التوت مايؤكل منه *

(الشرح) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الاشجار بالنخل فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه واتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه قال بعد ذلك ويخالف الثمار من الاعذاب وغيرها النخل وان دفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل وشرح الاصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذي له حمل في كل سنة الى اقسام واحسن تقسيم فيها ماسلكه الشيخ ابو حامد وتبعه المصنف وهو ان الشجر ثلاثة اضرب ما يقصد منه الورد وما يقصد منه الورق وما يقصد منه الثمرة والذي يقصد منه الثمرة على خمسة اضرب الاربعة التي ستأتي في كلام المصنف والخامس ما يظهر في كلام ثم تشق عنه الكلام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد وهي ثمرة النخل والمصنف لم يذكر هذا القسم لانه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف فلا تأتي الاربعة كما ذكر والقاضي ابو الطيب جعل الاقسام كلها خمسة فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيان ما في تقسيم الشيخ ابي حامد فلذلك عدل المصنف عنه وذكر المصنف في هذه القطعية التي ذكرناها هنا ناضر بين (الضرب الأول) ما يقصد منه الورد وهو علي نوعين (احدهما) ما يخرج في ورق اخضر لا يشاهد منه شيء ثم بعد ذلك ينفتح فيشاهد ما تحته كاوراق الورد الأحمر والأبيض والأخضر والرجس فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ما تفتح وما لم ينفتح هذا هو المشهور خلافا لما سنده عن صاحب التهذيب ومن تبعه ان ما تفتح يكون للبائع وما لم ينفتح يكون للمشتري وأن ما لم ينفتح منه شيء يكون للمشتري كالظلع حرفا بحرف هكذا قال ابو حامد وقال الروياني في البحر والشاشي في الحلية وابن الصباغ والرافعي عن الشيخ ابي حامد انه للبائع وان كان في كلامه وان ذلك

لانها منقولة (والثاني) نعم لدخولها في مطلق البيع قال في التهذيب وهذا أصح وعلي هذا قولهم يتفق الاخذ إلى أن تأبرت فوجهان (أظهرهما) الاخذ لان حقه تعلق بها وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة من بسوقها أو طول أغصانها (والثاني) المنع وبه قال القاضي ابو الطيب لخروجها عن أن تكون تابعة للنخل وعلى هذا فبم يأخذ النخل والارض فيه وجهان (أشبههما) بحصتها من الثمن كما في المؤبرة (والثاني) بجميع الثمن تنزيلا له بمنزلة عيب يحدث بالشقص ولو كانت النخل حائلة عند البيع ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع فان كانت مؤبرة لم يأخذها وان كانت غير مؤبرة فعلى قولين ذكرناها بتوجيههما وتجاريجهما

ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه (قلت) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم
فان الذي في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ولا أعلم خلافا في ذلك فلعنه التدبس على الحاكي هذه المسألة
بمسألة الثمرة انني عليها نور ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك لكن لما رأيته ولا الأئمة نقلوا ذلك
(قلت) لعل الشيخ أباحامد اختلف كلامه في ذلك * ويدخل شجر هذا النوع في بيع الأرض كسائر
الأشجار وقال البغوي في التهذيب والحوارزمي في الكافي إن الورد إذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع
والذي لم يفتح للمشتري بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض ثمرها وعلاه بأن ما تفتح من الورد يجتني
ولا يترك فانه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض فكان كل واحد في حكم المنفرد بخلاف الثمار
فانها لا تجتني حتي تتلاحق وكلام أبي حامد والجرجاني والمصنف في التنبيه وابن سريقة في بيان ما لا
يسمع جهله مصرح بخلافه (النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل إلا أنه
يخرج على جهته ثم يفتح كالياسمين فان كان قد ظهر منه شيء فالجميع للبائع وان لم يظهر منه شيء
فهو للمشتري والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الأول هذه طريقة الشيخ أبي حامد
وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعى وغيرهم * واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين
خاصة وكذلك عبارة الجرجاني يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب في الورد لكن عبارة المصنف
في التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد وان ظهور بعضه كظهور كله فينبغي أن تحمل عبارته في المذهب
على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب والله أعلم * وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه إن
تفتح للبائع وان لم يفتح للمشتري وكذلك قال المصنف في التنبيه لكن بلفظ الظهور لما قال أو نوراً
تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع وان لم يظهر فهو للمشتري فان أراد
بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب وان أراد البروز وان كان في الكلام لم يقل
به أحد إلا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد الظهور وذلك في الورد وما يخرج في كلام بالتفتح
وبالياسمين وما يخرج في غير كلام بنفس الخروج فينبذ يصح ويكون موافقاً لما قاله في المذهب ولما
قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كلام له فلا معنى له وقال الرويانى

فما إذا أفلس مشتري النخيل وهي مطلعة هل يتعدى الرجوع الى الطلع وقد ذكر كثير من الناقليين
أن قول أخذ الثمار قوله القديم ومقابله الجديد وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم لما مر في
التفليس أن الأخذ أظهر عند الأصحاب وإذا بيعت الثمرة للمشتري فعلى الشفيع إبقاؤها الى الإدراك وهذا
إذا بيعت الأشجار مع البياض الذي يتخللها أو بيع البستان كله أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها لا غير
فوجهان وكذا لو باع الجدار مع الاس (أحدهما) أنه تثبت الشفعة لأنها فرع أصل ثابت (واشبههما)

إن البنفسج كالورد وعد جماعة البنفسج والنشرين من جنس الياسمين والحق سليم فيما نقل عنه النشرين بالورد قال الفراري والمشهد في بلادنا خروجه في كمام يتفتح عنه كالورد يعني الياسمين *
(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها وكذا الجز قبل القطن بشرط القطع صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بانفسهما لعاب الدواب قاله الخوارزمي (الضرب الثاني) ما يقصد منه الورد كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق وصححه الروياني أنه إن كان قد ظهر من الورد شيء فلا كل للبائع وإلا فالمشتري هكذا عبارة الشيخ أبي حامد والشيخ في عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فإنه قال كذلك وزاد ففرض المسألة فيما إذا باع أصل التوت وقد خرج ورقه ويرد عليهما في ذلك ما ورد عليهما في اعتبار التفتح في الياسمين وإن استبعدت حصول التفتح في ورق التوت فسيأتي في كلام الماوردي والروياني ما يثبتته وقد أخبرني من يخبر ذلك وأن ورق التوت يخرج منعقدًا لم يتفتح **(فائدة)** الياسمين بكسر السين والأشهر جعل النون حرف إعرابه وفيه لغة أنه يعرب إعراب قائمين - بالواو والياء والنون - بياءين مشتاتين هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة أن الأولى مشناة والثانية مثلثة وأنكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب إلى الفرس (والوجه الثاني) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الامام إلى الجماهير وصاحب البيان إلى اختيار الشيخ أبي حامد وقال في التهذيب أنه المذهب وهو الأصح عند الغزالي والرافعي والقاضي حسين وغيرهم لأنه ورق فاشبه سائر الأوراق ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك أو أن ذلك من الثمر بل ثمرة ما يؤكل منهم من الثمرة الحلوة والمرارة وجعل البغوي والرافعي وغيرها محل الخلاف فيما إذا كان في أوان البيع أمافي غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الأوراق وفي المسألة وجه ثالث جزم به الماوردي وحكاه الروياني أنه إن كان شامياً يقصد ثمرة دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه وإن كان يقصد ورقه فإنه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها فإن كان في عقده تبع الأصل وإن انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع قال الروياني وهو قريب من قول أبي إسحاق ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأيد لا معنى لذلك الخلاف وإن كان الشيخ قد

المنع لأن الأرض تابعة ههنا والمتبوع منقول ولو باع شقصاً فيه زرع لا يجز مراراً وأدخله في البيع شرطاً أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ولم يأخذ الزرع خلافاً لأبي حنيفة ومالك وإن كان مما يجز مراراً فالجذوة الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كثمار المؤبرة والأصول كالأشجار وما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الأبواب والرفوف والمسامير يؤخذ بالشفعة تبعاً كالأبنية وكذا الدولاب

حكاه (قلت) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الاصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردي وإن كان منجما فإن النوع الذي يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال بعضهم فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار أما النوت الأبيض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فينتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة ويلتحق بالاول ورق الذكر من الأبيض لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الاصحاب في كتاب المساقاة والله أعلم •

(فرع) الخلاف الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب إذا باع شجرته قال القاضي الحسين والأغصان لا تدخل في العقد لأنه ينزل منزلة الثمار في سائر الأشجار •

(فرع) قال الماوردي والرويانى الحناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون في عقدة تفتح عنه فإذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان في حكم النخل المؤبر فيكون للبائع وقال صاحب البيان شجر الحناء والجوز والمهرنس لأنص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ويحتمل أن يكون البائع أحق بالوق إذا ظهرت وجهها واحداً لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الوق •

(فرع) شجر النبق قال صاحب التتمة المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها وقيل أنها كالتوت لأن في ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة وهذا ينبغي أن يكون هو الأصح في بلادنا لأنه مقصود بالثمرة وله طواحين معدة لطحنه وموضع يباع فيه بأباعر ثمن لكثرتهم وقرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره في المعنى يشاركها فأنها تغسل بالخطمي والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فإنه كل مقصوده •

• قال المصنف رحمه الله •

(فرع) وإن كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب أحدها ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كلام كالتين والعنب فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري لأن الظاهر منه كالطالع المؤبر والباطن منه كالطالع الذي لم يؤبر •

الثابت في الأرض سواء أداره المالك أو غيره بخلاف الدلو والمنقولات ولو باع شقصاً من طاحونة فالحجر التحتاني يؤخذ بالشفعة (إن قلنا) بدخوله في البيع وفي الفوقاني وجهان مع التفريع عليه كالوجهين في الثمار التي لم تؤبر (وقوله) في الكتاب كل عقار غير مجرى على ظاهره لأنه يقتضى اشتراط كون المأخوذ عقاراً وقد عرفت أن الأبنية والأشجار بل الثمار أيضاً مأخوذة ومعلوم أن اسم

(الشرح) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبية على أن منها ضرباً خامساً لم يدخل في تقسيمه ولم يلتزمه وهو النخل والسكرسف لافراده إياها بالذكر وجعله مورد التقسيم فيما سواهما • إذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والسكرسف على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام لا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب فإذا باع أصل التين والعنب فإن كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع وإن لم تكن خرجت وإنما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع وظهور القطن من الجوز قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامي مثله أي مثل التين والأمر كما قال فإن ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامي التوت الأحمر المر فإن المقصود منه ثمرته لا ورقه بخلاف التوت الذي يقصد ورقه لتربية الدود وإن كان الحكم في الثمرة واحداً وقد حكى عن الشيخ أبي حامد أنه قال في العنب عندي أن له ورداً ثم ينعقد قال المحاملي وشاهده قول الشافعي يعني الذي معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد وهو يشاهد من بين ذلك الورد ويرى ويتساقط عنها النور ويبقى الثمر فتكبر ولا كذلك النخل فإنها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة قال ابن الرفعة وقد يقال على هذا وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه وكمام العنب شامل لكل حبة وكذا كمام غيره من الثمار ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ماله قشران كالجوز واللوز وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزيلها كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأخير ومع ذلك فهو للبائع فكذا العنب يكون له والماوردي يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبذو ومنعقداً قال ابن الرفعة ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورا يقول أنه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم والله أعلم • واعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضي أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه ونقل الرافعي ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال إن الصورة الأخيرة يعني التين والعنب محل التوقف قال صاحب الوافي ولو أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأخر منه البعض

العقار لا يقع عليها في المتعارف ولا يمكن أن يقل أراد بالعقار غير المنقول لأن قصيته حينئذ تثبت الشفعة في الأبية ولا شجار وحدها لأنه كما لا يقع عليها اسم العقار لا يقع عليها اسم المنقول وهي ثابتة

يكون للبائع كما طلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ولم أجد للأصحاب نصافيه غير ما ذكره الشيخ وإن يكن فرق فمن حيث أن ظهور الشئ بعد الشئ في التين معتاد ثم حين بلوغ التين يؤخذ فالذي يحدث بعده لا يختلط به حتى يفيض إلى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فإنها تترك إلى الجذاز فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ فيختلط ولا يتميز فاحتجنا أن نجعله تابعا وفي هذه المسألة لا حاجة إلى ذلك ﴿ قلت ﴾ وهذا اعتراض وجواب جيدان وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز فيفيض إلى المحذور بخلاف التين والعنب فإن التمييز بينهما بين والله أعلم •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ والثاني يخرج في كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والموز فهو للبائع لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ هذا الضرب الثاني من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعي والأصحاب قال الشافعي في الأم وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الأرنج وغيرها مما دونه قشر يواريه أو ظهرت ثمرة فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما في أجوافه واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك في الرمان والموز وذكروا في ذلك معنيين (أحدهما) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف وهو الذي أشار إليه الشافعي (والثاني) تقشر نفس الثمرة فانه يدخر عليها فهو كالتين وفي كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز وسيأتي تعرض لحكمه في فصل النبات غير الشجر وكلام الشافعي رضي الله عنه فيه قال ابن الرفعة ولأجله قيل انه لا تجوز المساقاة عليه وأما الجوز واللوز والأرنج ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ والثالث ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والأرنج فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل في بيع الأصل لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ومن أصحابنا من قال هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع ﴾ •

في الأرض فيصدق عليها أنها غير المنقول (وقوله) فلا شفعة فيه معلوم - بالميم - (وقوله) لحقه الضرر فيه معناه أن المنقول لا يبقى دائما والعقار يتأبد فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه والشفعة تملك قهري فلا

(الشرح) الرابع - براء مهمل ونون بعد الألف مكسورة وجيم - وهو الجوز الهندي وهو النارجيل إذا علم ذلك فهذا الضرب وهو الثالث من الضرب الثالث فالجوز واللوز والرمان قد تقدم أن الشافعي ذكره مع الرمان وحكم في الجميع بأنه للبائع إلا أن يشترط المبتاع وبذلك قطع صاحب التقريب لأن قشوره لا تنزل في الغالب إلا عند القطاف وبعد القشرة العليا من الثمرة بخلاف الحكم فإنه يعد من الشجرة ويترك الحكم عند القطع على الأشجار ونزل السقف والكرانيق وقشور الجوز ليست كذلك قال الشيخ أبو حامد (أما) الذي لا إشكال فيه فلرمان واللوز وقال في الجوز واللوز ظاهر قول الشافعي أنه وإن لم تشقق القشرة الأولى فهو للبائع قال وقال أصحابنا إنما جعله بمنزلة الرمان إذا ظهرت القشرة التي تلي الب وظهر هذا الكلام من الشيخ أبي حامد أن ذلك عن الأصحاب والقاضي أبو الطيب جعل الشيخ أبو حامد هو المخالف في ذلك فقال وغطا الشيخ أبو حامد فقال الجوز يشقق قشره الفوقاني عنه ويسقط ويظهر السفلي فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل فن لم يكن تشقق فهو للمشتري وإن تشقق فهو للبائع قال القاضي أبو الطيب وهذا خلاف نصه لأن الشافعي رضي الله عنه قال تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه إذا كان على رأس الشجرة لأنه كتشقق الرمان الذي ليس فيه صلاحه وكان ذلك هو الحامل للمصنف علي نسبة الخلاف إلى بعض الأصحاب مبهما من غير تعيين وقطع الماوردي ونصر المقدسي في الكافي بما قاله أبو حامد وقال الروياني إنه لا قيس وقال المحامي في المجموع قال الشيخ وقد ذكر الشافعي رضي الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز فحمل أمره علي أن له قشرة واحدة وأجراه مجرى الرمان واللوز أو علم ذلك ولا كنهه فرض المسألة فيه إذا زالت عنه القشرة العليا وبتيت السفلى والدليل على أنه أراد هذا أنه قال دونه حائل لا يزل عنه إلا في وقت الحاجة إلى أكله وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا (قلت) أما الاحتمال الأول فبعيد لأن في مختصر المازني في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وكذلك في الأم وهو بعد الموضع بشيء يسير أن علي الجوز قشرتان واحدة فوق القشرة التي يدفعها الناس عليه ولا يجوز بيعه وعليه القشرة العليا لأنه يصلح أن يدفع بدون العليا وكذلك الرابع فلا يجوز أن ينسب إلى الشافعي أنه لم يكن يعرف حال الجوز وأما الاحتمال الثاني فهو قريب ولا ياباه كلام الشافعي فإن عبارته في الأم وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه وصلاحه في بقائه هذا كلام الشافعي بحروفه وليس فيها ما يوجب أن يكون

يحكم بثبوته إلا عند شدة الضرورة *

قال ﴿ وبالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف اصحاب السفلى فإنه لأرض لها

فلا ثبات * فإن كان السقف لشركاء العلو فوجهان لأن السقف في الهواء فلا ثبات له * ﴿

المراد القشرة العليا دون السفلى بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ماله صلاحه في بقائه لا يكون للبائع إلا إذا زال عنه وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل فإن كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول إن تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد ينسه ونهايته وكثيراً ما يؤخذ من على الشجر مع قشرته كاللوز العقد والرايح أيضاً كثيراً ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته بل العادة مطردة في كل ماله قشرات فليس هو كشمرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص وإن كان للأويل فيه محتمل والله أعلم • واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيراً يؤكل في قشرته ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين لأنه مقصود كالب سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل فكأنهم شبهوه بالطعام في اللوز إذا كان صغيراً فإنه يؤكل كله ولا يقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز والله أعلم • وقد نقل إمام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد وذكر عن صاحب التقریب خلافه وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وأكثرهم ونص الشافعي علي خلاف ذلك وأورد ابن الرنعة على أبي حامد أنه يقول بأن ماله نور يكون للبائع بخروج نوره وهذا منه فإذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى قال إلا أن يقال في الجواب إن ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور والجوز ليس كذلك فإن البندنجي قال إنه يورد أولاً ورداً لا تخرج الثمرة من جوفه بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهية التين أول ما يطلع وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز •

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

• والرابع ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالنفاح والكثرة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق والقاضي أبو حامد هو كشمرة النخل إن تنثر عنه النور فهو للبائع وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأن استنارها بالنور كاستنار الثمر في الطلع وتنثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها وقال الشيخ أبو حامد الأسفراييني هو للبائع وإن لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستنارها بالنور

الشرط الثاني كونه ثابتاً وقصد به الاحتراز عما إذا كان بين اثنين حجرة أو غرفة عالية مبنية على سقف لأحدهما أو غيرها فإذا باع أحدهما نصيبه فلا شفعة لشريكه لأنه لا أرض لها ولا ثبات فهو كالمقولات ولو كان السقف المبنى عليه مشتركاً بينهما فعلى وجهين نقلهما ههنا وفي الوسيط

كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور *

(الشرح) النور الزهر على أي لون كان وقيل النور ما كان أبيض والزهر ما كان أصفر والكثري^(١) (أما) الأحكام فإذا باع أصل التفاح والكثري والسفرجل والأجاص والخوخ والشمش وما جرى مجراه مما يخرج في نور ثم يتناثر عنه النور فالمشهور أنه إذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع وإن لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري لأن الثمرة مغيبة في الورد وتظهر بعد تناثره فهي في ذلك كثرة النخل في التأبير وعدمه وهو ظاهر قوله في البويطي لأنه قال في آخر باب السلف قبل باب الوديعة وحكم الابار في التفاح واللوز والفرسك إذا خرج منه وتحجب ونقل ذلك عن أبي إسحاق المروزي في الشرح والقاضي أبي حامد في جامعه وأبي علي بن أبي هريرة وهو اختيار القاضي أبي الطيب كما قال المصنف قل في تعليقه وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراييني فقال ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه قال حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما يخرج كما ترى في آخره فهو في معنى ثمرة النخل بارزاً من الطلع وغلط فيه لأن هذا أراد به مالا ورد له مثل العنب والتين لأن هذا هو الذي يخرج بارزاً وأما ما يخرج في الورد فليس يبارز وإنما هو في جوف الورد وقد فسر ذلك في الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل انتهى كلام القاضي والذي ذكره من لفظ الشافعي في الصرف قال ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كما عليه أو يطلع عليه كما ثم لا يسقط كماه فطلوعه كإبار النخل لأنه ظاهر وهذا إنما يرد على الشيخ أبي حامد بمفهومه فإن منطوقه يدل على أن مالا كما عليه كالتين والعنب أو عليه كما لا تسقط كالموز والرمان فالطلوع في القسمين بمنزلة التأبير أما كون الطلوع في غيرها ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق بل قد يقال إنه يدل للشيخ أبي حامد لا طلاقه أن مالا كما عليه يكون طلوعه كالتأبير والذي يخرج في نور لا كما عليه وإن كان مستتراً بالنور غير أن هذا يبعده قوله كما هو فإنه يشعر لا شيء عليه من كما ولا غيره وقد ذكر الشيخ في تعليقه ما نقله عن القاضي أبي الطيب فقال إن الذي ذهب إليه شيوخ أصحابنا أبو اسحق وأبو علي بن أبي هريرة وغيرها أنها للمبتاع ولولا أني لا أحب مخالفة كان ظاهر

(١) يابض بالأصل

(أحدهما) أن الشفعة تثبت للأشترار فيهما أرضاً وجداراً (وأظهرهما) المنع لأن السقف الذي هو أرضه لا ثبات له أيضاً وما لا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه ولو كان السقف مشتركاً بين اثنين والعلو لأحدهما فباع صاحب العلو العلو ونصيبه من السفلى ففيه للفقهاء جوابان (أحدهما) أن الشريك

المذهب والأشبه بالسنة أن الأنوار إذا ظهرت للبائع إلا أن يشترط المبتاع كالطلع إذا تشقق أو أبر وذكر كلام الشافعي رضي الله عنه الذي تقدم ثم قال وأما معنى العنة فقوله عليه الصلاة والسلام «من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع» لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند الطلع وذلك الظاهر نور يتفتح فاذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك وفيه نظر انتهى كلامه والحق أنه لا حجة له في كلام الشافعي فإن الشافعي رضي الله عنه إنما حكم بذلك في الثمرة التي تخرج بارزة ترى في أولها كما ترى في آخرها وما يخرج في نور ليس يرى في أوله كما يرى في آخره فكيف يحمل عليه أو يقال إنه مندرج فيه وما استدلل به من الحديث وما أشار إليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل بعد التأخير بما عليها من القشر الأبيض فإن ذلك يرجع إلى تحقيق مناط فإن الشيخ أباحامد يقول إن ثمرة النخل بالتأخير لا تظهر وإنما يظهر ما يجري مجرى ورد سائر الأشجار لأنه إذا تشقق للطلع ظهر ما فيه مثل الليف وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة وإنما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد فإن كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذي نحن فيه ترى من بين الورد وإن ثمرة النخل مثلها فينبغي أن يكون الحق معه ولا فالحق مع القاضي أبي الطيب ومن وافقه وهذا ليس اختلافاً في فقه بل يرجع إلى أمر محسوس ومثله يقطع بإدراك الصواب فيه والظاهر الذي تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد والظاهر أنها مستترة كلها وذلك يخالف ما تقدم من إلحاقها قبل التأخير بالحمل لاستتارها وبعد التأخير بالولد المنفصل لظهورها والذي صححه الرافعي في ذلك أنها المشتري هكذا للمحرر والروضة ويشعر به كلامه في الشرح وقال إن الآخر أرجح عند أبي القاسم الكرخي وصاحب التهذيب وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر النور كما تقدم وقال القاضي حسين عن الأصحاب إن ذلك يخرج أولاً نوراً ثم تشقق ثم يتناثر ذلك ثم تنعقد الحبات كالشمس والخروج والتفاح ونحوها قال فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الأصل في البيع وإذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل في البيع مطلقاً ولا يدخل إلا بالشرط وكن القاضي أخذ ذلك عن القفال فإن الروعياني حكى عن القفال أنه إذا تحببت ثمارها فهي للبائع وإن كان النور باقياً عليها وإن لم تتحبب فالنور كالورق * هذه عبارته

يأخذ السفلى ونصف العلوي بالشفعة لأن الأرض مشتركة بينهما وما فيها تابع لها لا ترى أنه يتبعها في بيع الأرض عند الإطلاق فكذلك في الشفعة (وأصحها) وهو الذي ارتضاه الشيخ أبو علي أنه لا يأخذ إلا السفلى لأن الشفعة لا تثبت في الأرض إلا إذا كانت مشتركة فكذلك فيما فيها من

ويجوز من مجموع ذلك ثلاثة أوجه (الأول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبي حامد (والثاني) أن الاعتبار بالتجب وهو قول القفال (والثالث) أن الاعتبار بتناثر النور وهو المذهب لقول الشافعي رضي الله عنه في البويطي إذا خرج من النور وتجب وقد يقال ظاهر النص يقتضي اعتبار مجموع الأمرين لكن الظاهر أن التجب يكون قبل التناثر فذكر التناثر يفني عنه وفي البحر أن الأصح ما قاله القفال رضي الله عنه وكذلك قال الخوارزمي في السكاني أنه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملي في المجموع ذكر هذه الحكاية التي حكها عن أبي حامد وأنها ليست مذكورة في التعليق الأخير عنه وهذا عجب من ابن الصباغ فإن شيخه أبا الطيب ذكرها عنه فكان ذكرها من جهة أولى وهي في التعليق المرجودة عندنا وأما ما ذكرها في التعليق الأخيرة فيديل (تنبيه آخر) أكثر الأصحاب جعلوا الشمس والتفاح والخوخ من هذا القسم الذي نحن فيه وتكلموا فيها كلاماً واحداً كما تقدم وإمام الحرمين سلك طريقة أخرى فحزم بأن الخوخ والشمس وما في معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري في مطلق البيع والتفاح والكثير وما في معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ولا سكنها تطلع والثمره دونها قال فما كان كذلك مال العراقيون إلى أنه للبائع ومن أصحابنا من قال للمشتري لعدم الانقضاء قال وهذا هو الذي ذكره الصيدلاني وهذه الطريقة التي ذكرها الإمام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب ولنص الشافعي الذي نقلناه عن البويطي فإنه جعل حكم الأبار في التفاح والفرسك شيئاً واحداً والفرسك هو الخوخ والإمام قد جعل حكمه مخالفاً لحكم التفاح ثم إن الإمام نقل مثل العراقيين إلى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري إلا الشيخ أبا حامد ولعل الإمام رأى كلام أبي حامد فنسب ذلك إلى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك في الجوز •

(فرع) قال القاضي الماوردي إن الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينقصد ومنه مما يبدو حياً منعقداً وقد تقدم الكلام في ذلك وعد الماوردي الرمان واللوز مع ذى النور قال تاج الدين عبد الرحمن والمشهد في بلادنا خلاف ذلك في الرمان فإن نوره لا يكون سابقاً له في أول الظهور ولما اللوز فكذلك هو عندنا وقال الرافعي أن الرمان واللوز مما يخرج في نور يتناثر عنه النور وما ذكرناه من الحكم فيما إذا بيع للأصل بعد تناثر النور عنه فإن بيع قبله عاد الكلام السابق فيه يعني إما أن

الابنية ولا شركة بينهما في العلو • ولو كانت بينهما أرض مشتركة وفيها أشجار لأحدهما فباعت صاحب الأشجار لأشجار ونصيبه من الأرض ففيه هذا الخلاف هذا فقه الفصل ولك أن تقول اسم الثمار إما أن يقع على الابنية بقطع النظر عن الأرض أو لا يقع إن وقع كان الضابط المذكور متناولاً للابنية

يداع بعد الانعقاد أو بعد التناثر فكلام الرافي موافق لما وردى في أن الرمان له نور ولعله نوعان كالكرم وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل قال وإن كان علي حبه قشر لطيف ينفثق عنها ويخرج منها نور لطيف لأن مثل ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأخير وقد جعله رسول الله ﷺ للبائع وهذا ملاحظه منه للمعني الذي لحظه أبو حامد فيما مضى وصاحب التتمة مال إلى موافقته فيه أيضاً وقال إن ثمرة هذه الاشجار تكون تحت غطاء ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالنفاح والكهري والسفرجل وهو الذي حكى كلام أبي حامد فيه ومال إلى موافقته وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والشمش والأجاص قال فقبل أن يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأخير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام •

﴿ فرع ﴾ تقدم في كلام الشافعي المحكي عن البويطي عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنجي بذلك علي قول الاصحاب ان اللوز كالجوز قال وهو سهو منهم فيه قال ابن الرقعة (فان قلت) هل للشيخ أبي حامد جواب عن نصه في البويطي (قلت) لعله يقول اللوز نوعان منه ما ينشق عنه قشرة الأعلى على الشجر وهو المذكور في الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور في البويطي وشاهد ذلك أنا نجد القول وغيره كالفرسك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرق •

﴿ فرع ﴾ إذا باع أصلاً عليه ثمرة ظاهرة وظهر ما في ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأخير قاله صاحب البيان يشير إلى الوجهين المتقدمين عن ابن أبي هريرة وغيره وأنه لا فرق في ذلك بين النخل وغيره • قال المصنف رحمه الله •

﴿ وان باع أرضاً وفيها نبات غير الشجر فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطوبة والبنفسج والترجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء دخل الأصل في البيع وما ظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالاشجار وان كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر •

وحدها فلتكن مأخوذة بالشفعة وحدها ان لم يقع خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب عن الضابط بلفظ العقار فلا حاجة إلى ذكر قيد الثابت •

قال ﴿ واحترزنا بالمنقسم عن الطاحونة والحمام وبئر الماء وما لا يقبل القسمة إلا بأبطال منفعة المقصودة منه فلاشفعة فيها (ح و) اذا ليس فيها ضرر مؤنة الاستقسام وتضايق الملك بالقسمة •

(الشرح) الرتبة - بفتح الراء - وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي الفنائم - بضم الراء - وهو غلط وهو القضب وهو القتب * (أما) الاحكام فقال أصحابنا الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الارض وينقسم إلى قسمين أصل وغير أصل فالأصل ضربان شجر وغير شجر فغير الأصل هو الزرع وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر وقد مضى حكمها وأقسامها والنخل والسكرسف داخلان في التقسيم وإن كان المصنف أفردهما بالذكر أولاً وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذا الضرب بين عقد المصنف هذا الفصل فالضرب (الاول) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثاني) هو الزرع هكذا قسم الشيخ أبو حامد وهو يقتضي أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل إلا مرة وهو ظاهر وكذلك يقتضيه إيراد جماعة وجعل الرافعي رحمه الله الزرع ضربين فجعل ماله ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضرباً من الزرع كالبنفسج والنرجس وجعل الرتبة والنعنع والهندبا خارجاً عن الزرع داخل تحت اسم الأصول حيث قال الفزالي وأصول البقول كالأشجار وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقاً على الثلاثة الأضرب ما يثمر مراراً كالنرجس وما يجذ مراراً كالنعنع وما لا يجذ مراراً وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة وكلام الشافعي رضي الله عنه في المختصر يشهد لذلك فإنه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعي في إطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثاني فإنه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال إنه لا يصدق عند الإطلاق الأعلى الأخير والأمر في ذلك قريب أو هو راجع إلى اللفظ (وأما) المعنى والاحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وإنما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها في الحكم قسمين وحمل الرتبة والبنفسج من القسم الأول وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما في دخول الأصل فصحيح على ما سيأتي تفصيله وأما في كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري فإن ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرة للبائع وما لم يظهر من ثمرة المشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطوبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع وما لم يظهر المشتري ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الأول في كلام المصنف إلى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة كما ذكرها البغوي والرافعي وإن كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها (القسم الأول) الأصل الذي له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والبادنجان وعد صاحب التهذيب

الشرط الثالث كونه منقسماً وفي ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم اختلاف مبني على أن الشفعة لم تثبت في المنقسم وفيه وجهان (أحدهما) أنها تثبت لدفع ضرر الشراكة فيما يتأبد ويدوم كتضييق المدخل والتأذي بحرفة الشريك وأخلاقه أو كثرة الداخلين عليه وما أشبههما (وأصحهما) أنها تثبت

من ذلك الموز والكرفس الحجازي فاما الكرفس الحجازي فقد افرد المصنف بالذكر فيما مضى
 واما الموز فذكره المصنف أيضاً في القسم الثاني من أقسام الشجر فيما تقدم وهو الاقرب فانه شجراغة
 وعرفا والكلام الآن في النبات الذي لا يسمى شجراً فلا يحسن عد الموز فيه * إذا عرفت ذلك فحكم
 هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة فمنها ما لا تخرج ثمرته إلا
 ظاهرة كالبنفسج فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ليس في كماله فان كان قد ظهر من ورده شيء فورد
 تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع هكذا صرح به الشيخ أبو حامد وفي معنى ذلك البطيخ والقتاء
 والباذنجان اذ لا فرق بينهما وأما النرجس فانه كالورد الايض والاحمر يخرج عنه أوراق خضر لا يظهر
 منه شيء ثم ينفتح فان كان قد تفتح منه شيء فان ثمره هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع
 وأما أصوله ففيها الطرق السابقة في الاشجار حرفاً بحرف سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض
 وما بطن فحينئذ حكم هذا القسم في تبعية الأصول للأرض وفي حكم الثمار حكم سائر الاشجار هذا هو
 المشهور وروحي الرافعي وجهاً في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير وحكاها الروياني في البنفسج وعن
 الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس وقال هذا كلام من لم يعرف النرجس فان النرجس
 له أصل يبقى عشرين سنة وانما يحول من موضع الى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا
 القسم والذي بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعاً بمحصدرة واحدة كما سيأتي في
 القسم الثالث ومن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة (القسم الثاني) وهو بعض القسم الاول في كلام
 المصنف الاصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ولكنه يحد مرة بعد أخرى كالسداب والكركاش والنعنع والهندبا
 والطرخون والكرفس والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مرة والوطب وهي القضب
 ويسمى أهل الشام الغصة - بالصاد المهملة - والقت - بالتاء المثناة - وهو القرط قل الأرض هو القتب الذي
 تسميه أهل العودي^(١) وقد عطف المصنف القضب على القتب فيقتضي أهميتهما متغايران وكلام النووي يدل
 على أن القضب والقت والقرط والوطب شيء واحد ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب ولا كنه بلغة
 العراق الرطب هو القضب أهل بلادنا القوط وبلغت الشام الغصة والصلوات إلى القتب والرطب متغايران واحد وان القرط
 الذي يباع في بلادنا هو القضب لا يوجد في بلادنا والله اعلم وفي هذا القسم الخبايا الأرض وفيها
 شيء من ذلك الظاهر في الأرض فالجدة الظاهرة عند البيع للبائع لا خلاف في ذلك لانها ظاهرة في الحال

(١) كذا بالاصل

لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها والحاجة الى افرام الحصة الفائدة له بالرافق الواقعة
 في حصة صاحبه كالمصير والميراث والتالوة وحدها وكل واحد من الضررين وإن كان واقعاً قبل البيع
 لكن من يرغب من الشرير يكتفي بالبيع كان من جهة أن يخلص الشريك مما هو فيه يديه منه فاذا لم

لا تترادف بقاء فلم تدخل في البيع الا بشرط كالثمرة المؤبرة وفي دخول اصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض
 الخلاف الذي في الاشجار هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم وعن الشيخ أبي محمد الجويني
 القطع بالدخول هنا والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف
 الاشجار فانها بادية ظاهرة مفارقة للأرض في صفتها هكذا حكى عنه في النهاية والبيضا والشرح
 ووقع في الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالدرع يعني فلا يدخل وذلك خلاف المشهور عن الشيخ
 أبي محمد قال ابن الرفعة ولوصح ذلك عن الشيخ لا يمكن أن يقال في الفرق بينه وبين الشجر أن مدة
 ابقائه في الأرض قد تعلم فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي
 في البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير اذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاه الماوردي في
 البطيخ وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد أنه كالزراع فيكون للبائع قال فقد يحصل لما في
 المسألة ثلاثة أوجه (قلت) يعني ثلاث طرق للقطع بالدخول والقطع بعدم الدخول وأجراء الخلاف
 والله أعلم ولكن شرط إثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في الوسيط الى قائل والأظهر
 أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها مافي البسيط والنهاية وقد رأى الأمام أن القياس طريقة إجراء القولين
 وخالف ما نقله عن والده قال اذ لا يلوح فرق بينها وبين الفراس والأبنية وقول ابن الرفعة بأن مدة
 بقاء اصولها قد تعلم ان سلم معارض بأن بعض الاشجار قد يكون كذلك ولكن تارة تطول مدته
 وتارة تقصر نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والنرجس انه يثبت ثلاثة أوجه بذلك
 وان لم يثبت ما عندي إلى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزراع (فان قلنا) بأن الاصول لا تدخل في بيع
 الأرض فهي باقية على ملك البائع والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة والكلام
 في وجوب تبقيتها كما تقدم في الاشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب وأن الاصول داخلة قال صاحب
 التهذيب فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه لأنه يزيد فيختلط
 المبيع بغير المبيع وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافا والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو
 الطيب والمتولى والقاضي حسين أن البائع يطالب بجدها في الحال وليس له أن يتركها حتى تباع أو ان
 الجذاذ لأن تركها يؤدي الى الاختلاط وسكنوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد بل زاد الماوردي
 على ذلك فحكى وجهين في أنه هل ينتظر به تنهاى جذاه (أحدهما) ينظر فاذا باع الحد الذي جرت

يفعل سلطه الشرع على أخذه (فان قلنا) بالمعنى الأصح انه لم تثبت الشفعة فيما لم ينقسم لأنه يؤمن فيه
 غرر القسمة وهذا هو الذي أورده في الكتاب (وان قلنا) بالثاني ثبتت الشفعة فيه ويحذف هذا الشرط
 الثالث وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وهذا المذهب الثاني ينسب الى تمريجه واختاره أبو خلف

العادة بجذاه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الحدة بكاملها للمشتري قال وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعاً لما أطلع منها وأبر والوجه (الثاني) أنه لا ينظر به كمال جذاه بل يكون للبائع مظهر منه وقت العقد وليس له حق في غيره وبه قال أبو إسحاق المروزي ويؤمر بجذاه وان لم يستكمل ويكون الأصل الباقي وما يستخاف طلوعه بعد العقد تابعاً للأصل وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبر وهذا البناء الذي أشار إليه الماوردي يقتضي أن يكون الصحيح على طريقة أبي حامد الأسفرايني والرافعي أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجدة لأن الصحيح عندنا أن ما طلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع فيكون للبائع وان كان الأصح عند الماوردي أنه للمشتري ولا يلزم الشيخ أباً حامداً أن يقول بأنه لا يجب القطع إلا أن يسلم البناء المذكور يترك بين الصورتين بأن لا طلع حداً وهو نهاية ذلك الحمل الذي اطلع به وأبر وجرت العادة بالتلاحق فيه بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد وقد نص أبو حامد في تعليقه على هذا الفرق لكن في التبعية فقال إن للطلع حداً ينتهي إليه وليس للرطبة حد هذا فرق الأصحاب وفرق من عند نفسه بفرق آخر وهو أن لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة والبائع منفعة في قطعها والرطبة في قطعها فائدة والمشتري وفي تركها فائدة للبائع لأنها تزيد انتهى وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعي لم يلاحظوا فيه الوجه الذي نقله الماوردي من أنه ينتظر به تناهي جذاه فان قلنا به فلا يجب القطع أصلاً هو بتعليقه مصادم لقول أبي حامد أنه ليس للرطبة حد توجد عليه (وان قلنا) أنه ليس للبائع إلا ما كان ظاهراً فيجب القطع وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال أنه لا حاجة إلى ذلك لأنه إذا كان القطع واجباً بمقتضى العقد فلا حاجة إلى شرطه فأما أنما يشترط الفطع في الثمار لأن مقتضى الإطلاق فيها الإبقاء وهذا هو الأقرب إلى كلام الروياني فإنه قال إذا باع الأرض مطلقاً وهناك بيت ظاهر فهو للبائع بالاطلاق العقد وعلى البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره ويحتمل أن يقال لا بد من شرط القطع كما أنه لا بد من شرط الفطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما سيأتي ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره وبين اختلاط ثمرة المبيع بدليل أن الحكم مطرد فيما إذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها إلى الطريقة الصحيحة الآن يقال إن الثمرة هي المقصود الأعظم من الشجر أو كل المقصود وأما أصل الرطبة الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من

السلمى والقاضي الروياني وغيرهم من يعمل هذا الخلاف قواين ويقول الجديد من الشفعة وهو ظاهر المذهب كيف فرض الخلاف عن مالك وأحمد اختلاف رواية فيه أيضاً والظاهر المنع والبراد من المنقسم ما إذا طالب أحد الشريكين بجزء من حصته أجبر الآخر عليها وفي ضبطة ثلاثة أوجه (عدها) أنه الذي لا تنقص

الأرض ولا معظمة وسأجمع ان شاء الله هذه المسائل جملة في آخر الباب عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع في العقد وهو ما قاله البغوي والرافعي (والثاني) لا يجب ولا يكلف به إلا أن تتكامل الجذوة فتكون كلها للبائع (والثالث) ان البائع يكلف القطع حل العقد ولا نقول ان شرط ذلك واجب في العقد وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبي الطيب والمتولي والرويانى فان لم يجز البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت فيخرج علي القولين في الاختلاط قاله الفوراني والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ بني الماوردي على الوجهين اللذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذراً لم يظهر بعد قال فمن انتظر بها تنهى الجذوة جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذوة للبائع ومن لم ينتظر به التنهى وجعل حق البائع مقصوراً على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشتري ولك أن تقول الموجب لا انتظار تنهى الجذوة كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذوة للظاهر منها وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها فينبني الجزم بأنها تكون للمشتري كالثمرة غير المؤبرة لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعي في الام إذا قال وان كان البائع قد أعلم المشتري أن له في الأرض التي ابتاعها بذراً سماه لا يدخل في بيعه فاشترى على ذلك فلا خيار للمشتري وعليه أن يدعه حتى يصرم فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى يصرمه ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلع ولا قطعه وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف وهو لمن وجد ثمرة غضة فليس له أن ينتظر أخرى حتى يبلغ لأنه لم يكن له ما خرج منه الا مرة واحدة فيعجلها ولا يتحول حقه في غيرها بحال ولذلك اطلاق صاحب التنبية في قوله والجذوة الأولى للبائع يشمل بعمومه ما اذا كان منها شيء ظاهر وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الاصحاب بعد حكايته نص الشافعي كانه لم يقف على الخلاف الذي حكاه الماوردي فاذا نص الشافعي واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذي حكاه الماوردي وبس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعي لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذوة تحصل له وقد صرح الشافعي بعدم ذلك وانه ليس الا الجذوة الاولى فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع ان الجذوة الاولى له ففيه نظر

القسمة قيمته نقصاناً فاحشاً حتى لو كانت قيمة الدار مائة ولو قسمت عادت قيمة كل نصف الى ثلاثين فلا تقسم لما فيها من الضرر (وثانيها) أنه الذي يبقى منتفعاً به بعد القسمة بوجه ما أملاً لا يبقى منتفعاً به بحال اما لضيق الحطة او قلة النصيب او لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها كما سراب القنا فلا يقسم (واصحها) أنه الذي إذا قسم أمكن ان ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ولا عبرة بما كان لا ينتفع به من وجه

يحتمل أن يقال بالصحة كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ويحتمل أن يقال بالفساد فإنه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر مع الثمر فإنهما متميزان وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تنكرر ثمرته والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها فليس على الأرض منها شيء ظاهر يقال أنه للبائع وما في بطنها من العروق جزم القاضي أبو الطيب بدخوله في البيع وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شيء ظاهر جارية هنا من غير فرق وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما آنفاً فالقياس إجراؤهما هنا أيضاً وإن كان الأصلح أن ذلك للمشتري لأنه ليس ثم شيء ظاهر يستتبع ماليس بظاهر •

﴿ فرع ﴾ إذا كان في الأرض أشجار خلاف يقطع من وجه الأرض كل مدة قال صاحب التهذيب حكمها حكم القصب الفارسي وقال الرافعي حكمها حكم القصب والمراد واحد وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه (أما) إذا كان فيها جذوع خلاف عليها قوائم فهي بمنزلة أغصان سائر الأشجار •

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهراً عند العقد من البقول (إما) على ما اختاره الرافعي رضي الله عنه من وجوب شرط القطع (وإما) على الوجه الثالث قال صاحب التتمة ثم الرافعي عنه أنه لا فرق بين أن يكون مظهر قد بلغ أو أن الجذ أو لم يكن وأطلقاً ذلك الحكم من غير تفرع لأنهما لم يذكر الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي واستثنا من ذلك القصب فإنه لا يكاف قطعه إلا أن يكون مظهر قدرًا ينتفع به وكذلك قال الشيخ أبو حامد القصب الفارسي إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمان الشتاء فإن إن قطع قبل ذلك الوقت تلف ولا يصلح شيء وكذلك الروياني والجرجاني قالوا إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته لأن له وقتاً يقطع فيه ولك أن تقول إشكالا على الرافعي أنه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع فاما أن يكون ذلك عاماً فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا فإن كان عاماً فيجب الوفاء به وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إنما يجوز بيعها بشرط

آخر للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع • إذا عرفت ذلك فلو كان بينهما طاحونة أو حمام أو نهر أو بئر فباع أحدهما نصيبه نظر أن كانت الطاحونة كبيرة يمكن أن تجعل طاحونتين لكل واحد حجران والحمام كثير البيوت يمكن أن يجعل حمامين أو كبير البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين والبئر واسعة يمكن أن يبني فيها فتجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيها المستقي ويلقى فيه ما يخرج

القطع إذا كن التقطوع مما ينتفع به (فإن قلت) ذلك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت) لكنه فيه إضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك نعم قد يقال إن هذا يجب قطعه وإن لم يشترط لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه إبقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع فقد يكون له غرض في اغفار ذلك بازائه وهذا الاشكال (الثاني) بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبي حامد لكن الشيخ أبو حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب فلم له يقول به في كل ما لا ينتفع به إذا قطع بخلاف صاحب التتمة فإن ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك وقد يؤخذ من كلام أبي حامد المتقدم جواب عن ذلك من قوله إن لقصب وقتاً يقطع فيه فإن ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذي يجب إبقاؤه لما قدمه الروياني في الفرق من المعنى أن له وقت نهاية والرطوبة ليس لها وقت نهاية لكن ذلك بعيد لأن كلاماً من الرطوبة والقصب الفارسي له وقت يؤخذ فيه في العادة ويزيد بعده بخلاف الزروع التي بعد وقت أخذها لا تزيد شيئاً والله تعالى أعلم •

(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذي تجرى فيه الأحكام المقدمة ومنه ما يبقى سنة واحدة يحىء مدة بعد مدة في السنة قال الشيخ أبو حامد حكم هذا عندى حكم الزرع كله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثاني وهو ما يجذ مرة بعد أخرى وذكر الماوردى في نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر وللمشتري الأصل وما يظهر (والوجه الثاني) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع فيكون للبائع أصله وثمره لأنه زرع عام واحد وإن تفرق لقاط ثمره والشجر ما تبقى أعواماً والحق به مابقى أعواماً كالعلف ولم يلحق به مابقى عاماً واحداً والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين مابقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير ومابقى سنين ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في الأم وحكى مع ذلك ما نقله الماوردى •

(فرع) ظهور لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض (الثاني) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاماً واحداً (الثالث) أصل

منها ثبتت الشفعة فيها وإن لم يكن كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الأصح وهذا جوابه على أصح الوجوه في معنى المنقسم أما إذا اعتبرنا بقاء منفعة ما كفى أن يصلح لكل سهم من الحمام بعد القسمة للسكنى فإن اعتبرت القسمة لم يخف حكمه • ولو اشترك اثنان في دار صغيرة

له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويقتى أصله سنين في الأرض (الراعي) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذ لا فرق بينهما والله أعلم • وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها فليبتسج والبرجس من القسم الأول والبطيخ والقثاء من القسم الثاني والنعنع والهندبا والرطوبة منه ما يبقى سنين في الأرض فهو من القسم الثالث ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها فهو من القسم الرابع والله عز وجل أعلم •

(فرع) الموز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك فإذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمرة يكون التمر للبائع فقد مر ذلك في كلام المصنف والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض كما يدخل الشجر أولا وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الأول وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزراع لأنه لا يبقى بعد سنة والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع (قلت) وقوله إن الفرخ يدخل في البيع إن فرض في فرع يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ولا يقال إنه دخل في عقد البيع بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم المالك لا بحكم الدخول في العقد وإن فرض في فرع يكون حاصلا عند العقد فقد يقل ينبغي على قوله أن لا يدخل لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزراع وقد قال الشافعي في الام بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب إذا باع أرضا وفيها موز قد خرج فله ما خرج من الموز قبل بيعه وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع فيقطع ويخرج في الذي حولها وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع وما يحدث بعده المشتري وهذا صحيح لا إشكال فيه وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي ولا لما قاله صاحب التهذيب فإن سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ويحتمل أن

لاحدما عشرها وللاخر باقيةا فان حكمنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فايهما باع نصيبه فالصاحبه الشفعة وان حكمنا بمنعها فان باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لأنه أمن من أن يطلب مشتريه القسمة لأنه لا فائدة له في القسمة وبتقدير أن يطالب فلا يجاب لأنه متعنت مضيع ماله واذا كان كذلك فلا يباحقه ضرر قسمه وان باع صاحب النصيب الاوفر نصيبه ففي ثبوت الشفعة لصاحب

يكون مراده به الشجرة نفسها وان كان خارجا منها يكون للبائع وما نبت من فروعها يكون للمشتري فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة ولم يترجح عندي هذا الاحتمال علي الذي قبله لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري لقوله إن ماخرج مرة أخرى ليس للبائع فان كان مراده الفرخ فذاك وان كان المراد ثمرة فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الاصل له وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الارض يدخل في بيعها لان الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه (وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبغي علي الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رضي الله عنه في قوله فله ماخرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفروعها وكلام الجوزي يشهد للتفسير الأول فانه قال في معرض نقل كلام الشافعي فان باعه أرضا وفيها موز للبائع ماخرج من الموز وليس له ما يخرج بعد ذلك ولا ما لا يخرج أولاده التي الى جنبه فقوله ولا ما يخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فان الحقنا ذلك بالرطوبة اقضي أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فروعها كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة وان الحقنا بالشجر اقتضى دخولها وقد يقال تلحق الأم بالرطوبة لقرب قطعها وأما الفرخ فانه يقصد بقاءه حتي تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرة بعد ذلك فكذلك يقول ان الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء والأم لا تدخل كما يقتضي ذلك كلام الماوردي فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاث أيها أرجح فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ كما قاله صاحب التهذيب فان الذي بلغني من حال الموز من له فيه معرفة يخاف حال الرطوبة فان شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فروعها فاذا تكامل حمل الشجرة الاصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ فتبقى لأجله حتي يتكامل الفرخ وتجف هي وتتساقط بنفسها الى الارض فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الأم لتربية أولادها ولا يبقون من أولادها الا واحداً ويقطع الباقي لئلا يضر بامه ويشرب ماءها فاذا علمت

العشر وجهان بناء على أن صاحب النصيب الاوفر هل يجاب اذا طلب القسمة لأنه منتفع بالقسمة (والظاهر) انه يجاب ولو كان حول البئر بياض وامكنت القسمة بان نجعل البئر لواحد والبياض لآخر ايزرعه أو يسكن فيه أو كن موضع الحجر في الرحا واحداً ولكن لما ثبت يصلح الغرض آخر وامكنت القسمة بأن يجعل موضع الحجر لواحد وذلك البيت لآخر ايزرعه فقد ذكر جماعة من

أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها وان فرخها لا ينتج بدونها ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة فانه لو قلنا للبائع أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الأرض وحده لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ولا يمكن القول بعدم دخولها في الام ودخول الفرخ لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ فلا بد من ابقائها وهو قول صاحب التهذيب والله أعلم * والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ما حدث بعد البيع وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل في العقد توسعاً في العبارة ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون اقامته شهرين وتارة أكثر من ذلك فلعل مراد الماوردي بالسنة المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع وان كان لا يراد حول كامل وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمل التقسيم لان له أصلاً ثابتاً ولا يحمل الامرة ويستمر جذره في الأرض سنين ولا يحذف كالرطبة والله أعلم *

(١) يياض بالاصل

﴿ فرع ﴾ لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل قال صاحب التهذيب لا يدخل شيء منها في بيع الأرض يعني ويكون ذلك من حكم التقسيم الذي سيأتي وهو الزرع الذي لا يحمل الامرة وكذلك الرافعي لأنه لم يذكر البصل ولوباع أرضها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردي عن الأفصاح وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثاني) يجوز تبعاً *

﴿ فرع ﴾ هذه الاحكام التي تقدمت كلها فيما إذا أطلق البيع أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فله المشتري الفروع والعروق قاله صاحب التتمة وفرق بين هذه حيث يقول عند الإطلاق لا يدخل ما ظهر منها وبين الشجر بأن هذه لا تتراد للدوام وهي نماء ظاهر فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تتراد للدوام فاستوي فرعها وأصلها وصار الجميع للمشتري (القسم الثاني) من كلام المصنف وهو الثالث من التقسيم الذي ذكرته أولاً لا يحمل الامرة كالحنطة والشعير والباقل والكتان فلا خلاف أنه لم يدخل في الأرض الا بالشرط لما ذكره المصنف والطالع المؤبر الذي جعله مقيساً عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم «من باع نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع» ^(١) وقوله نماء ظاهر احتراز من الطالع الذي لم يؤبر (وقوله) لا يراد للبقاء احتراز من الغراس إذا قلنا يدخل في بيع الأرض على ظاهر المذهب

الاصحاب أن الشفعة تثبت وأن البئر والحالة هذه من المنقسمات وهذا جواب على جر يان الاجبار في هذا النوع من القسمة وفيه خلاف على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة (وقوله) في الكتاب وبئر الماء ليس مذكوراً للتقييد بل بئر الماء وسائر الآبار في الشفعة واحدة (وقوله) الا باطل منفعته المقصودة اشارة الى الوجه الاصح في ضبط المنقسم

والرافعي رحمه الله اقتصر على التعديل بعدم الدوام والثبات قال الماوردي (فان قيل) الثمرة قبل النأير مستبقاة
لكامل المنفعة لم تجنى وهي داخلية في البيع فهلا كان الزرع مثلها (قيل) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة
الاصل المبيع والزرع مستودع في الارض بفعل الآدمي ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لانه خلقة في
الارض ولا يدخل فيها الركاز لأن مستودع فيها * واعلم ان الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لانه نبات
لا يحمل الامرة واحدة لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الارض لا يدخل بخلاف الحنطة والشعير
فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الامرة وليس له أصل ثابت في الارض وبذلك يخرج الموز فان له
أصلاً ثابتاً منه تنبت الفراخ وعلي هذا ينبغي أن يقال في القسم الحاضر النبات اما أن يكون
له أصل ثابت في الارض أولاً فلاول اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز أو مرات فأما في عام واحد
كالبطيخ أو في أكثر كالرطوبة وسائر ما يجذ ويثمر مرات والذي لا بقاء لاصله هو الزرع كالحنطة
والشعير وشبههما أو تقول النبات اما أن يثمر ويحذ مرات أو مرة واحدة فلاول اما في عام واحد
أو في أعوام والثاني اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى كالحنطة والشعير *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وفي بيع الارض طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان لأنها في يد البائع الى ان يحصد
الزرع فكان في بيعها قولان كالأرض المستأجرة ومنهم من قال يصح بيع الارض قولاً واحداً لان
المبيع في يد المشتري وانما يدخل البائع للسقي أو الحصاد فجاز بيعه قولاً واحداً كالامة المزوجة ﴾

﴿ الشرح ﴾ الطريقان مشهوران والاولى منسوبة الى أبي إسحق المروزي وجمهور الأصحاب
على الطريقة الثانية وهي التي صححها الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع وعلى
بيع الأمة المزوجة وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال فكان كما لو أجر
أمتته ثم باعها بطل البيع على أحد القواين ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً وذكر الشيخ أبو حامد
أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتصحن لم نذكرهما ورد الجمهور طريقة التخيير على القولين بأنه
لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ألا ترى أن بيع الدار
التي استحققت المعتدة سكنها إذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان وإذا كانت مجهولة كالحل
والاقراء بطل قولاً واحداً وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به علي هذا وهو أن لأبي إسحق

(وقوله) فلا شفعة فيهما علم بالحاء والواو ويمكن أن يعلم بالميم والألف لاحدى الروايتين عنهما (وقوله) إذ
ليس فيها ضرر مؤنة الانقسام الى آخره معناه أن هذا هو المقتضى للشفعة في المنقسم وأنه غير موجود
واعلم أنا لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنيين يلزم المنع في غير المنقسم أيضاً لا انتفاء أحد المعنيين *

أن يقول مدة الزرع وان لم تعلم يقيناً فالعرف الغالب يضبطها فان فرض مخالف فنادر وزمنه يسير مغتفر والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح وان كانت عدتها بالأشهر وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل فانه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها للعدة وان كانت العادة تضبطها فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع (وقوله) ان المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن فان الكلام إنما هو في القطع بالفساد ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالأشهر فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة (وأما) قوله ان المنافع تكون عائدة للمشتري فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة فانه لو ماتت كانت منافعها للزوج فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة والظاهر فيه البطلان والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً أو ورثته إن كان ميتاً فاذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته ولا تكون للمشتري وانما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق المعتدة منزلة استحقاق المستأجر فحينئذ يحى فيه الخلاف المذكور فيما إذا عرض ما يفسخ الاجارة هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع فيه وجهان فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه والله أعلم * (فان قلت) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ووجوب ذلك فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقها بالامة المزوجة أيضا غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق (قلت) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الاصل ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ولما

(فرع) شريكان في مزارع وبئر تستقي منها باع احدهما نصيبه منها ثبتت للآخر الشفعة فيها اذا انقسمت البئر او قلنا بشيوت الشفعة فيما لا ينقسم والا فنثبت في المزرعة وفي البئر وجهان (احدهما) تثبت كما تثبت في الاشجار تبعا للاراضى (وأصحها) المنع لان الاشجار ثابتة في محل الشفعة والبئر مباينة عنه *

اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتضى لأبطال البيع وإن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة والأمة المزوجة فثلاثها مشتركة في أنه لا يد حائلة فالمقتضى للبطلان إذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم والأرض المزروعة لها شبهة من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمداً ينتظروا ويفترقان في الاشتغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الأمة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ولا يجب إزالتها عقيب العقد ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح فلذلك حسن قياسها عليها وقياسها على الأمة أرجح كما فعل المصنف فإنه قد يقال إن منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري ولذلك وجب على البائع تفريغها فلم يكن البيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة فإن منفعتيهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما ولم أعلم أحداً حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالامتعة خلافاً وذكروا الطريقتين في الأرض المزروعة قال الإمام ولا شك أن القياس يقتضي التسوية بينهما إذا فرق ويمكن أن نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة وحكى الإمام في أن المشتري إذا كان جاهلاً بالدار مشحونة هل يثبت له الخيار وجهان والمذهب بثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزماً عند الجهل سواء قلنا إن تسليمها يمكن أم لا لعدم إمكان الانتفاع بها في الحال الآن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا خيار كما سيأتي الوجه الذي نقله الإمام في عدم ثبوت الخيار في الدار المشحونة بالامتعة وإن الغالب في العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم إنها تفرغ بعد ذلك والله أعلم *

﴿ التفريع ﴾ بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشتري فهل يحكم بصيرورتها في يده فيه وجهان (أحدهما) لأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالامتعة (وأصحها) على ما ذكره الإمام والغزالي والرافعي نعم لحصول التسليم في الرقبة وهي البيعة وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأخر في الحال فلا حاجة تدعو إلى التخلية قبله على أن الإمام أورد فيها وجهاً أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض

قال ﴿ الركن الثاني الآخذ وهو كل شريك بالملك * فلاشفعة (ح) للجار عندنا وإن كان ملاصقاً (و) * وثبت للشريك وإن كان كافراً * فإن شارك بحصة موقوفة وقلنا لا يملك الموقوف عليه فلاشفعة * والافهو بناء على أنه هل يجوز إفراز الوفاء عن الملك * والشريك في الممر المنقسم يأخذ الممر بالشفعة إن كان المشتري طريق آخر إلى داره * والا فيأخذ بشرط أن يمكن من الاجتياز * وقيل يأخذ وإن لم يمكن * وقيل لا يأخذ وإن مكن *

وجعل في المسألين ثلاثة أوجه وادعى أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيهما وحكاه غير الامام أيضاً وحكى الغزالي في البسيط وجها أن اليد ثبتت في الدار ولا تثبت في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ووجه الفرق على الوجه المحكى في البسيط أن التشاغل بالتفريع ممكن فبرل الممكن الذي لا عسر فيه منزلة الوجود قال ابن الرفعة ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو إسحق المروزي فلا يصح إبطال مذهبه يعني في البيع إلا باقامة الدليل على صحة القبض وهذا الوجهان في صحة تسليم الأرض المزروعة. وخذان من لفظ الكتاب فاندكر في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه هذان التعليان من صادمات (والجواب) أن ذلك محتمل إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينه على دفع خيال التعليل الأول وتبين أن قوله أنها في يد البائع ليس كذلك لأن المبيع هو العين والعين في يد المشتري ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقين بالزراع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين والله أعلم ﴿ تنبيه ﴾ من قل بصحة تسليمها مزروعة لاشك أنه يقول بصحة البيع ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحق ويحتمل أن يحزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة والأرض المزروعة في يد بائعها لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوى يد الاجارة •

﴿ فرع ﴾ لو انقطع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع لانه إنما يستحق من الأرض ما كان صلاحاً لذلك الزرع قاله الماوردي والاصحاب ولو كان الزرع مما لوجذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف وفرخ كالدخن

فقه الركن صور (احداها) أنه لاشفعة للجار ملاصقاً كان أو مقابلاً وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة للملاصق الشفعة وكذا المقابل اذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً لنا ما روي أن النبي ﷺ قال « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة »^(١) وعن ابن سريج تخرج قول كذهب أبي

(٣) ﴿ حديث ﴾ الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة الشافعي عن سعيد بن سالم عن بن جريج عن أبي الزبير عن جابر بهذا ورواه عن مالك عن الزهري عن ابن المسيب مرسلًا وهو في الموطأ كذلك ووصله عن مالك ابن الناجشون وأبو عاصم وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه ورواه ابن جريج وابن اسحق عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة وإنما كان ابن شهاب يرويه عن أبي سلمة عن جابر وعن سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا بين ذلك كله البيهقي ووصله الشافعي عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر *

فجذه قبل حصاده كان له استبقاء الاصل الباقي إلى أوان الحصاد لانه من جملة ذلك الزرع وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد لانه غير ذلك الزرع وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القلت الذي يجذ مرة لأن القلت أصل ثابت والزرع فرع زائل واستخلاف بعضه نادر قال ذلك الماوردي *

(فرع) قال الرافعي كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل وان قال بعث الأرض بمقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد قال الرافعي ورأيت له لمنصور التميمي في المستعمل أيضاً (قلت) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا قال بزارعها دخلت المزارع وان قال بمقوقها لم تدخل المزارع كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) في الأرض فلم أقف عليه فيها *

(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحل بل له إبقاؤه إلى أوان الحصاد خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري فلذلك أوجب القطع وعندنا هي مستحقة للبائع فلذلك لم وجبه وأوجبنا الإبقاء وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ويحجر البائع عليه وعليه تسوية الأرض وعليه قلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض كمروق الذرة نص عليه كما إذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ينقض وعلى البائع ضمانه هكذا ذكره وجزموا بوجوب التسوية وسيأتي فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة وقياسه أن يأتي هنا (وأما) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضي أبو الطيب في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما نهدم لزم البائع ذلك وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب وقال هنا يحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض وهو مقتضى كلام الحاملي والقاضي حسين *

(فرع) لو كان المشتري جاهلاً بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع ولم يرها حين العقد فله الخيار في فسخ البيع لان الزرع عيب يمنع منفعة الأرض فان فسخ رجع بالثمن وان أقام فللبائع ترك الزرع في الأرض إلى وقت حصاده كما نقوله في الثمرة المؤبرة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى ولو رضي البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلعه ويكون تمامه غير مضر بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه وان كان المشتري عالماً بالزرع فلا خيار له قاله الماوردي والأصحاب وانفقوا عليه وهذا اذا لم يطرأ ما يقتضي تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريباً في فرع وجوب الاجرة *

حنيفة قال القاضي الروياني ورأيت بعض أصحابنا يفتي به وهو الاختيار وذكر الامام أن الشيخ أبا علي لم يثبت ذلك عن ابن سريج وحمل كلامه فيه على أنه لا يعترض في الظاهر على الشافعي اذا قضى

(فرع) في وجوب الاجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الارض ان كان المشتري عالماً
فلا أجره قطعاً وان كان جاهلاً فوجهان عن رواية صاحب التقریب ولدى أورده المعظم أنه لا تجب
الاجرة وتقع تلك المدة مستثناة كما لو باع داراً مشحونة بأقمشة لا يستحق المشتري الاجرة لمدة التفرغ
وهذا ما جزم به الماوردي وخلافه (والظاهر) عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الامام محل الخلاف
فيما اذا كان جاهلاً قل الروايان انما تجب الاجرة اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق وهنا لم يوجد
واحد منهما ثم ههنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضاً اذالم نكتف
بها أو هو على الاطلاق قال ابن الرفعة مادكر من التعليل يقتضي أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء
قال والاشبه أن يقال ان اكتفينا بها فالخلاف متوجه وان لم نكتف بها (فان قلنا) الاجرة لا تجب أو اكتفينا
بالتخلية فبهنا أرى (وان قلنا) تجب فبهنا وجهان مبنيان على أن البائع اذا انتفع بالمبيع قبل قبضه هل
تلمزه الاجرة أم لا وفيه خلاف (فان قلنا) لالم تجب هنا (وان قلنا) نعم وجبت ولا ننظر إلى أنه ثم
متعد ولا تعدى منه ههنا لأن باب الضمان لا يخناف وقل ابن الرفعة انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله
وجه عدم إيجاب الاجرة بقدرة الشترى على الفسخ لولا هذا التعليل لأمكن أن يقال الوجهان في الرجوع
بالاجرة إنما هما قبل التخلية أو بعدها وقلنا انها لا تكفى ويكونان مبنيين على جنابة البائع فان قلنا
كلا جنبي ضمن الاجرة والا فلا قل الامام والخلاف نظائر في الحجارة (قالت) والاشبه أن الخلاف في وجوب
الاجرة في مسألتنا هذه كما في مسألة الحجارة مطابق فيما إذا اكتفينا بالتخلية وفيما اذا لم نكتف بها وما أخذ
أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع كما يشعر به تعليل الامام
والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة (فان قلنا) بالثاني ضمناً مطلقاً ولا أثر للاجزة في إسقاطها ولا فرق
في ذلك بين أن تقول يكتفى بالتخلية أولاً وهذا يوافق الوجه الذى يقول في مسألة الحجارة بوجوب
الاجرة قبل القبض وبعده وان جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنابة البائع على
المبيع كالألفه السماوية أو كجنابة الأجنبي (إن قلنا) كجنابة الأجنبي ضمنها مطلقاً قبل التخلية
وبعدها اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضاً أو إذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق فان كان ذلك قبل
التخلية لم تلمزه الاجرة وان كان بعد التخلية فان لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب

له الحنفى بشفعة الجار وهذا شأن مسائل الخلاف فى الاغلب وفى الحل باطناً خلاف (الثانية) الدار
اما أن يكون بابها مفتوحاً الى درب نافذ أو الى درب غير نافذ ان كان الاول ولا شركة فى الدار فلا
شفعة فيها لاحد ولا فى ممرها لأن مثل هذا الدرب غير مملوك وان كان الثانى فالدرب ملك مشترك
بين شركائه على ما سبق فى الصالح فان باع نصيبه من الامر وحده فلا شركة الشفعة فيه ان كان منقسماً

الاجرة في مسألة الحجارة مطلقاً وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع الذي هو عيب حاصل قبل القبض فلا تجب الاجرة أيضاً لأنه بالأجارة رضى بذلك فان لم يكن له اجرة كما رضى بالعيب لم يكن له أرض فقد تلخص أن الخلاف في وجوب الأجرة جار مطلقاً اما قبل التخلية أو بعدها إذا لم يكتف بها فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) إلحاق البائع بالأجنبي (والثاني) أن المنافع متميزة عن المقصود فليس تفويتها بمنزلة العيب ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيباً وإلحاق تعيب البائع بالآفة السماوية (وأما) بعد التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقدم أو إلحاق البائع بالأجنبي ومأخذ الإسقاط جعل تعيب البائع كالآفة السماوية فإذا أجاز المشتري سقط حقه من الأرض لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا إذا أجاز سقط حقه من الاجرة بقية المدة لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به (فإن قلت) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجرة لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية وقد جزم الرافعي بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته إن جعلناها كالآفة السماوية لم تجب والا وجبت فيخرج من ذلك أن الأصح في مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لافي مسألة الزرع ولا في مسألة الحجارة لكن قد تقدم في مسألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله وقد تقدم عن الغزالي والجرجاني أنه الأصح عندهما في مسألتنا أيضاً (قلت) أما الغزالي فإن الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب فإن ذلك موافق وقد قدمنا عن الأكثرين في مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب وكذلك تقدم عن الشيخ أبي محمد في مسألة الحجارة (وأما) ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع لزمه إبقاؤه إلى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالبقاء الذي هو من لوازمه وكذلك لا تجب الاجرة (وأما) الحجارة فإنه إذا رضى بها لا يلزمه إبقاؤها بل يجبر البائع على قلعها لكن لك أن تقول إن مدة القلع أيضاً قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخله تحت رضاه وإن كان القلع في ذلك الوقت واجباً فكان ينبغي أن لا تجب لها اجرة إلا إذا زاد وأخر البائع فحينئذ تجب والله أعلم ﴿ تنبيه ﴾ ما حكيت في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة

علي ما عرفت معناه والافيه مأمور من الخلاف وإن باع الدار بممرها فلا شفعة لشركا الممر في الدار لأنه لا شركة لهم فيها فصار كالمال باع شقصة من عقار مشترك وعقار غير مشترك وخرج ابن سريج أنه تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق وبه قال مالك وأبو حنيفة وقدّم أبو حنيفة الشريك في الممر على الجار الملاصق الذي يتنفذ باب داره إلى درب آخر وظاهر المذهب الأول ولو أرادوا أخذ الممر بالشفعة نظر إن كان

عن المعقود عليه كذلك قاله الامام والغزالي وهو يقتضي أن البائع إذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الاجرة من غير تخريج على أن جنايته كجناية الاجنبي أولا والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخرج خاصة وما ذكره ههنا يقتضي طريقة أخرى كما أشرت اليه وهي ظاهرة فإن جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد في إلحاقها بجزء المبيع أو صفة محال ظاهر فإن ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الاجرة (والثانية) تخريجها على جنايته والله أعلم *

(فرع) وهو الكلام الثاني. تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الاجرة في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا تجب قطعاً وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت الا في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا قال ابن الرفعة وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضي تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فان التبقية إنما وطن المشتري نفسه عليها الى ذلك الوقت (أما) إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال انه يثبت له الخيار ويكون إذا أجاز في استحقاقه الاجرة الخلاف السالف وأصل ذلك أنه إذا علم عيباً بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ثم قال واطلاق الشافعي رضي الله عنه يقتضي تركه الى الحصاد سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لم يتأخر ومراده بالحصاد أول أوقاته لاحقيقة الحصاد *

(١) يياض بالاصل

(فرع) ما تقدم من وجوب الابقاء الى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض قال ابن الرفعة هنا ففي وجوب البقاء بهذا الشرط تردد حكاه عن الأصحاب في أواخر كتاب الصلح ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١)

(فرع) يشترط في بيع الأرض الزروعة تقدم الرؤية على العقد فان موضع منابت الزرع غير مرئي بحالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعي والأصحاب منهم الماودي وغيره فانه قيل في الفرع المتقدم أن يكون رأها قبل ذلك قال المتولى إذا ادرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع في تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة والله أعلم *

للمشتري طريق آخر الى الدار أو أمكنه فتح باب آخر الى شارع فاهم ذلك على المشهور ان كان منقسماً والافعل الخلاف في غير المنقسم وقل الشيخ أبو محمد ان كان في إيجاد الممر الحادث عسر أو مؤنة لها وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الذي ذكره على الاثر وان لم يكن له طريق آخر ولا أمكن

﴿ فرع ﴾ اذا شرط دخول الزرع في البيع فان كان بقلا أو قصبلا لم يبلغ أو ان الحصاد قال الماوردي والحاملي وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين صح البيع في الارض والزرع ولا يلزم في الزرع شرط القطع لانه دخل في العقد تبعاً للارض وصار كالثمره التي لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها وستأتي هذه المسألة في الثمار وفيها بحث وان كان الزرع قد اشتد واستحصد فان كان مشاهداً كالحب كالشعير فالبيع صحيح في الارض والزرع وان كان غير مشاهد كما الحنطة والعدس ففي بيعه مفرداً قولان فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى وان منعنا ففي بيعه تبعاً للارض وجهان (أحدهما) يجوز كساسة البنين (والثاني) لا لانه مقصود فاذا بطل في بطلانه في الارض قولاً واحداً لا جهل بالحصة من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفة •

(١) يبايع بالاصل

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار نص عليه الشافعي رضي الله عنه وبض الأصحاب وقد تقدم ﴿ تنبيه ﴾ مراد المصنف بالارض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة كالحنطة والشعير فهي محل الخلاف في صحة بيعها أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولاً واحداً قاله صاحب التمه وهو ظاهر لانها كالشجر فينبغي أن ينسب لذلك لئلا يظن ان ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتضى لشمول الخلاف والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قوله حتى يحصد يقال احصد الزرع أي باع اوان الحصاد فقال ابن داود في قول الشافعي وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد وقال انه افصح وأصح في المعنى من فتحها لانه اذا باع اوان الحصاد جذ^(١) على حصده وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر وأما قول المصنف هنا والحكم ببقاء ملك البائع مستمر الى وجود الحصاد فيصح ان يقال - بضم الياء وفتح الصاد - ويصح - بفتح الياء وكسر الصاد - أي حين يحصد البائع الزرع ولا يصح حتى يحصد - بضم الياء وكسر الصاد - هنا أي حتى يبايع اوان الحصاد لان يده لا تزول بذلك فاليد مستحقة للبائع الى احصاد الزرع ويد البائع ثابتة الى الحصاد والله أعلم •

ايجاده ففيه وجه (أحدها) أنهم لا يمكنون منه لما فيه من الأضرار بالمشتري وانما أثبتت الشفعة لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر (والثاني) أن لهم الأخذ والمشتري هو الضرر بنفسه حيث اشترى منه مثل هذه الدار (والثالث) أنه يقال لهم ان أخذتموه علي أن تمكنوا المشتري من المرور فلكم الأخذ وان أيتم تمكنه منه فلا شفعة لكم جميعاً بين الحقين وإيراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه واليه ذهب أبو الفرج السرخسي لكن الأصحاب من العراقيين وغيرهم علي أن الوجه الاول أصح بل مرنص الامام وجماعة عبارة تخيير الشفيع وأدوا الغرض في عبارة أخرى فقالوا في يد بالشفعة وجهان

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ وان باع أرضاً فيها بذراً لم يدخل البذر في البيع لانه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالكاز فان باع الأرض مع البذر ففيه وجهان أحدهما أنه يصح تبعاً للأرض والثاني لا يصح وهو المذهب لانه لا يجوز بينه منفرداً فلم يحز بيعه مع الأرض ﴾ •

﴿ الشرح ﴾ فصل الاصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات فقالوا البذر الذي لا تفاوت لنباته ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض ويبقى الى أوان الحصاد وللمشتري الخيار ان كان جاهلاً به فان أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن لان النقص الذي في الأرض بترك الزرع الى الحصاد لا يقسط عليه الثمن فان تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول ولو قال آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضاً ان أمكن ذلك وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض وان اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له وعليه تركه الى أوان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كنبوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحوه من البقول حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الاشجار هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمه الله وغيرهم واذا علمت ان البذر الذي يدوم حكمه حكم الشجر (فان قلنا) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة الى حالة الجهل والعلم (وان قلنا) انه يدخل على المذهب فان كان عالماً فلا خيار وان كان جاهلاً فان لم يكن قلعاً مضرراً بالأرض فلا خيار وان كان مضرراً أو يمتضي فيه مدة فان كانت الأرض تملك بعد بذلك بحيث يكون غرسها نقصاً فيها فينبغى أن يثبت للمشتري الخيار ولم أرفى ذلك نقلاً والله أعلم • هذا اذا باع الأرض واطلق أما اذا باع الأرض مع البذر فان كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع قال صاحب التتمة كان تأكيدهم أن تقول ينبغى أن يكون كما لو قال بعثك الجارية وحملاً وان كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعاً كالحمل وادعى هذا القائل ان الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفليس فقال لو باع زرعاً مع أرض خرج أولم يخرج (والثاني) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولانه مقصود في نفسه فلم يحز بيعه مع الأرض كالكاز ويخالف الحمل فانه يتمتع الام في البيع المطلق وهولاء أولوا نصه في التفليس على أن المراد خرج السنبيل أولم يخرج فعلى هذا اذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقان (أحدهما) أنه على قولى تفريق

ان أخذ في بقاء المرور والمشتري وجهان وشركة مالكي بيوت الخيار في صحته كشركة مالكي الدور في الدورب التي لا تنفذ وكذا الشركة في مسيل ماء الأرض دون الأرض وفي بئر المزرعة دون المزرعة كالشركة

الصفة وهو الذي يقتضى إيراد الماوردى ترجيحها وجزم بها القاضى حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يخرى بجميع الثمن (والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الأرض ويقتضى إيراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى وهى مقتضى المذهب فى أنه يخرى بالقسط وجعل الرويانى محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته فإن جهلها لم يخرى قولاً واحداً وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة فى بيع الغائب وفيه وجه أنه يخرى مع الجهل وذلك معروف فى موضعه فعلة الخلاف هنا مطلقاً على أن أبا الفتوح العجلي أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تقريراً على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال فلا يبعد الحكم بصحة البيع (قلت) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية فإنه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنع من منع بيع الغائب وكذا بعض من أجازوه وإنما قلت ذلك لأنهم لما تسكلموا فى بيع الثمار المستترة والحنطة فى سنبليها ونحو ذلك قال الإمام أن المنع فيها مفرع على منع بيع الغائب (أما) إذا جوزناه فإنه يصح وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته لكن الغزالي فى الفتاوى فى السؤال التاسع والعشرين فى بيع السلم والجوز فى الأرض قال أنه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان وإن قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهره أبطل هذا لأن تسليمه لا يمكن إلا بتقليب الأرض وهو تغير أمين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السلق ليسلم بالساخ وكذلك صاحب التهذيب وعلى أن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته وههنا لا يمكن وإذا علمت ذلك علمت أن إطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لا نبات لأصله وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك فإن كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلع ولا قطعه وإن سجد البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه نص عليه الشافعى رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشتد وهو يعود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ولم يقصد به الدوام فى محله والله أعلم • ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان • قال المصنف رحمه الله •

إذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة إلى أو أن الجذاذ فإن كما يقطع بسراً كالبسرة الحيسوانى والقرشى لم يكلف قطعه إلى أن يصير بسراً وإن كان مما لا يقطع إلا رطباً لم

فى الممر وحده (الثالثة) تثبت الشفعة للذمي على المسلم والذمي حسب ثبوتها للمسلم وقال أحمد لاشفعة للذمي على المسلم (لنا) القياس على الرد بالعيب ولو باع ذمي شقصاً من ذمي بخمر أو خنزير وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة وقال أبو حنيفة نحكم وإن كان الشفيع مسلماً أخذ الشقص بقيمة الخمر وإن كان ذمياً فبمثليها ولو بيع الشقص فارتد الشريك فهو على شفعة إن قلنا أن الرد لا يزال

يكاف قطعه الى أن يصير رطباً لأن ثقل المبيع على حسب العادة ولهذا إذا اشترى بالليل متاعاً لم يكاف نقله حتى يصبح وإن اشتراه في المطر لم يكاف نقله حتى يسكن المطر والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكاف القطع قبله *

(الشرح) الأصل المراد به الشجرة والجذاز - بكسر الجيم وفتحها - حكاهما ابن قتيبة وأوان الجذاز - بكسر الجيم - زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها والجذاز القطع يقال الجذاز والصرام في النخل القطاف في الكرم والقاط فيما يتناثر كالحوخ والكهثرى وغيره فيلنقط والجيسوان - بكسر الجيم وياء تحتهما قطنان وآخره نون - من غير إضافة قال ابن باطيش وابن التودي جنس من البسر أسود اللون والقرش - بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة - قال ابن باطيش هو الأحمر قال صاحب البيان لا يقطع إلا بسراً (أما) الأحكام فقال الشافعي والأصحاب إذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً وعليه قطن للبائع أو شجراً وعليه ثمرة أورداً للبائع أرضاً وفيها زرع للبائع لم يجز على قطع الثمرة والورد والزرع إلى أوان الجذاز والحصاد إلى الوقت الذي جرت العادة بتبقيتها فإن كان غيباً فعليه تبقيته إلى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ويقطع في العادة (فأما) إذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وإن كان رطباً فعليه تبقيته إلى أن يربط ويتكامل نضجه ثم يقطع وإن كان بسراً فما جرت العادة بقطعه بسراً طوالب بقطعه بسراً بعد نضجه واستمكاله ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم - يكون ذلك أصح له فيأخذه شيئاً فشيئاً كما إذا باع داراً فيها متاع هي أحرز له لم يجب على المشتري تركه ولا يجب على المشتري السقي لأجل ثمرة البائع وإنما عليه تركها والبائع يسقي وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل لا خلاف في ذلك قال نصر المقدسي رحمه الله في الكافي وكذلك الورد يعني يترك إلى أوان أخذه ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ويجوز له التبقيّة إلى أوان الجذاز مالاك وأحمد وقال أبو حنيفة يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال * دليلنا ما ذكره المصنف وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد لأنه وقت العادة في نقله (فإن قيل) ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تسمسها ثم اع الأرض فإنه يلزمه نقلها قبل جفافها وإن كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لا إعادة لذلك

الملك (وإن قلنا) تزيله فلا شفعة له وإن عاد إلى الإسلام وعاد ملكه ففي عود الشفعة تردد عن الشيخ أبي علي والظاهر المنع (وإن قلنا) بالوقف فمات أو قتل على الردة فللامام أخذه لبيت المال كما لو اشترى معيباً أو اشترط الخيار وارتد ومات الامام رده ولو ارتد المشتري فالشفيع على شفيعته (الرابعة) دار نصفها لرجل ونصفها ملك المسجد اشتراه قيم المسجد أو وهبه منه ليصرف في عمارته فباع الرجل نصيبه

في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع لا يجب نقله وهو في الأرض ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله وقول المصنف لأن نقل المبيع على حسب العادة جواب عن قول الحنفية أن من باع شيئاً كان عليه تسليمه ورفع يده عنه وإن أبقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك إنما يجب على العادة ولهذا إذا اشتري داراً مملوءة طعاماً إنما يلزم البائع نقله على العادة ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حال في البلد وينقل الطعام عنها وأجابوا عن كون ذلك انتفاعاً بالنخل وأنه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة إنما يمتل إذا وقع بالشرط أما ما وقع بنفس العقد عرفاً فلا بدليل الأمة المزوجة •

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي أنه إنما يستحق الإبقاء إذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير أما إذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأخير فعلى البائع قطعها في الحال لأن الاستثناء إنما يصح على شرط القطع وهذا الذي قاله الماوردي إنما يستقيم إذا شرطنا القطع في الاستثناء وقد تقدم أن الأصح خلافه وأيد بعضهم ما قاله الماوردي أن استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع وهذا التأيد ضعيف لأن الشرط هنا إنما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار كما لو باع أرضاً واستثنى البناء الذي فيها كان له إبقاؤه بالشرع ولا نقول أن هذا استثناء للمنفعة والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى فإذا حصد الزرع فإن بقي له أصول لا تنضر بالأرض كأصول الحنطة والشعير لم يلزمه نقلها لأنه لا ضرر على المشتري في تركها وإن كانت تنضر بالأرض كمروق الذرة والفتن لزمه نقلها من الأرض وتقل الروياني عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقاً والصحيح الأول فإذا نقلها فإن حصل في الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها كما لو كان في الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلاً وأدخاه داراً ثم كبر الفصيل فإن تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعد والمشتري ليس بمتعبد وهكذا لو كان في الدار المبيعة حب لا يمكن إخراجه إلا بأن يوسع الباب بنقض شيء من الحائط فإن له ذلك ويضمن قيمة ما نقص قال القاضي أبو الطيب ويحتمل أن يقال يلزمه بناءه كما يلزمه تسوية الأرض ههنا وقد صرح المحاملي في المجموع بأنه يجب عليه بناء ذلك ورده إلى حالته فيما إذا باع داراً وفيها قمح لا يخرج إلا بنقض الباب

كان للقيم أن يأخذ بالشفعة إن رأى المصلحة فيه كما لو كان لبيت المال شرك في دار فباع الشريك نصيبه للإمام الأخذ بالشفعة وإن كان نصف الدار وقتاً والنصف ملكاً فباع المالك نصيبه فينبني على أن الموقوف عليه هل يملك الوقت (إن قلنا) لا لم يأخذ ما باعه بالشفعة (وإن قلنا) نعم فينبني على أن المالك هل تقرر عن الوقف وفيه وجهان يذكران في القسمة (إن قلنا) نعم ففي ثبوت الشفعة

وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب إعادة الجدار قال الحاملي هنا كل من حصل ملكه في ملك غيره واحتج في تحليصه إلى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه مثل مسألة الزرع والحب والحاية والصندوق في الدار وان كان بتفريط من صاحب الملك مثل أن يغصب رجل رجلاً على حب فلم يخرج من الباب أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من إخراجه إلا بهدم الباب فان الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناءؤه ومن فروع هذه القاعدة إذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن إخراجها إلا بقتل شيء من الدار يغرم النقص صاحب الدابة قاله الروياني وإذا وقع دينار في محبرة ولا يخرج إلا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الروياني عن بعض الأصحاب *

﴿ فرع ﴾ لو أصابت الثمار آفة وصارت بحيث لا تنمو فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها أم للمشتري إجباره على قطعها * قال الامام ذكر صاحب التقرير قولين ولم يصحح الرافعي والنووي شيئاً منهما وقال ابن الرفعة إن الذي يقع في النفس صحته قول الاجبار لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية قال لكن نصه في الأم طي خلافه ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع وكذلك ان أصابته جائحة نص عليه الشافعي رضي الله عنه نقله عنه أحمد بن بشرى *

﴿ فرع ﴾ لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي فان لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أميناً يسقيها والمؤنة على البائع * قاله الخوارزمي وكلام الخوارزمي يذل على أن الشجرة لاتصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة قال ولهذا لو باع سفينة في البحر مملوءة بالأثقال لايجري تفريغها حتى تبلغ الشط ومراده بهذا ان التسليم يكون على العادة *

﴿ فرع ﴾ ولا يستحق المشتري على البائع أجرة الارض في مدة اقامة الزرع في الارض لانه ملك الارض مسلوقة المنفعة في تلك المدة فلا يستحق لها أجرة *

﴿ فرع ﴾ لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع كلام الرافعي يصرح بالجواز وانه يجب الوفاء بالشرط لكن الامام حكى في باب الصلح فيما اذا باع أرضاً مزروعة بشرط قطع الزرع

وجهان (أحدهما) تثبت لدفع ضرر القسمة ودفع ضرر مداخلة الشريك وهذا ما أورده في الكتاب بناء على جواز قسمته وعلى هذا لو كان الوقف على غير معينين أخذه المتولى ان رأى المصلحة فيه (وأظهرهما) المنع لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا ينبغي أن يستحق به وأيضاً فانه ملك ناقص ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه فيه فلا يتسلط على الأخذ (وإن قلنا) لا يقرر الملك على الوقف فان لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم لم تثبت

تردداً في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور في الثمرة المؤبرة ولو قيل انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه (والثاني) أنه يكلف قطعه لأن المشتري إنما رضى بذلك اذا لم يضر به فاذا أضر به لم يلزمه تركه فان احتاج أحدهما الى مقي ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لأنه اصلاح لماله من غير اضرار باحد فجاز وان كان على الآخر ضرر في السقي وتشاحا ففيه وجهان * قال أبو اسحق يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن يفسخ * وقال أبو علي بن أبي هريرة يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه لأنه يعلم أنه لا بد من السقي ويجب أجرة السقي على من يسقي لان منفعته تحصل له ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها فيلزم المشتري تمكينه وقد لا يسقي البائع فيحصل للمشتري الضرر وقد يحصل الضرر من السقي أيضاً وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي مؤبرة وبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ولم يتمكن من سقيها وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمره فان كان الضرر يسيراً أجبر المشتري عليه هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره ونص عليه الشافعي رضى الله عنه في الأم وان كان كثيراً بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصاناً كثيراً وعلي ذلك يجب حمل كلام المصنف ففيه قولان منصوصان في الأم في هذا الموضع وحكماهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلاً وتعليلاً وعبارة الشافعي في الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ولم أره ذكر القول الآخر فتأملت كلامه الى آخره تأملاً كثيراً فلم أفهم الثاني منه فاعله تركه اما لوضوحه أو لضعفه (والاصح من القولين) الثاني الفائل بالاجبار ومن صححه الروياني وابن أبي عسرون والنووي ورجعه الروياني بأن ضرر الاصول أكثر وجزم به الفوراني ونقل الرافعي تصحيحه عن السرخي وصححه في المحرر وقد ذكر الماوردي

وإن أثبتناه عاد الوجهان (وقوله) في كل شريك بالملك قصد بقوله بالملك الاحتراز عن الشريك بالوقف والمراد ملك الرقبة أما إذا لم يملك إلا المنفعة اما مؤقتاً بالاجارة أو مؤبداً بأن أوصى له بالمنفعة لم يكن له الأخذ بالشفعة ويخرج بلفظ الشريك الجار ويدخل السلم والدمى والحر والمكاتب حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في الدار فلا لكل منهما الشفعة على الآخر والمأذون له في التجارة إذا

مسألة السقي وقسمها تقسيماً حسناً وهي ان السقي اما أن يكون ممكناً أو متعذراً فان كان متعذراً فاما لاعواز الماء أو لفساد آلته فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقي ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الاول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعاً فقطع الثمرة واجب ولصاحب النخل اجباره لان تركها مضره للنخل بلا منفعة له (الثاني) أن لا يضر واحداً منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان وهذا الضرب هو الذي ذكره المصنف * وان كان تعذر السقي افساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فايهما لحقه بتأخير السقي ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى الماء فان كان ذلك مضرراً بالنخل وجب على المشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته وان كان مضرراً بالثمرة لزمه ذلك أو يقطعها وان كان مضرراً بهما جميعاً لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) إن كان السقي ممكناً فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعاً لهما (والثاني) أن يكون ضاراً لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضاراً لأحدهما دون الآخر وسند كر ذلك مفصلاً (المسألة الثانية) إذا احتاج أحدهما إلى سقي ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لما ذكره المصنف وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشتري وقول المصنف ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما إذا كان له نفع وما إذا لم يكن والشيخ أبو حامد والماوردي ذكر ما إذا كان لكل منهما نفع فقال الشيخ أبو حامد لا يجبر الممتنع من السقي على السقي وللآخر أن يسقي والأجرة عليه وقال الماوردي للبائع أن يسقي وعلى المشتري أن يمكنه ومؤنة السقي على البائع لما فيه من صلاح ثمرته وان كان للنخل المشتري فيه صلاح إلا أن الأغلب من حال السقي صلاح الثمرة والنخل تبع فلو امتنع البائع من السقي لم يجبر وقيل للمشتري ان أردت سقي نخلك فاسقه ولا تجبرك عليه وما قاله الماوردي موافق في المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه والحكم واحد لا يختلف وانما يختلف التصوير فيجىء صور هذه المسألة باطلاق المصنف ثلاثاً أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع أو ينتفعاً جميعاً وكلام هؤلاء الأئمة يقتضي أن البائع لا يجبر على السقي ومن جملة الاقسام التي أطلقوها أما إذا كان السقي نافعاً لهما وكان تركه ضاراً بالمشتري

اشترى شقصاً ثم باع الشريك نصيبه فله الأخذ بالشفعة الا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة وله الاسقاط وان أحاطت به الديون وكان الأخذ غبطة كما له منعه من سائر الاعتياضات في المستقبل ولو أراد السيد أخذه بنفسه فله ذلك ولا يخفى أن الشراكة لا تعتبر في مباشرة الأخذ وانما هي معتبرة فيمن يقع له الأخذ بدليل الولي والوكيل والعبد المأذون فان لم يأخذ بالشفعة (وقوله) والشريك في الممر المنقسم يأخذ الممر

لامتصاص الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام في هذه الصورة في حال امكان السقى بأن البائع
يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار اذا كان يضر بقوؤها وجعل
محل القوانين الذين حكهما المصنف أولاً فيما اذا كان السقى متعذراً ووجه القول الأول القائل بأنه
لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبعية وانما على البائع أن لا يترك مجهوداً يقدر عليه فاذا اقطع الماء فلا
تقصير منه وحق التبعية قائم له وهذا الذي قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه وقل الامام ان
القوانين يشير ان إلى أن الراعى جانب البائع أو جانب المشتري قال ولم يقع التعرض لاستواء الحقين
يعني كما يقوله أبو اسحق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى قال ولا بد من هذا الوجه ثم موجب
استواء الحقين الفسخ والله أعلم * وقول المصنف جاز له أن يسقيه وليس للآخر أن يمنعه فان منعه أجبر
على تمكينه وهذا مراد الروياني بقوله اذا كان السقى ينفعهما فايهما طالب أجبر الآخر عليه لأنه لا فائدة
من الامتناع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه لا على أن يسقى والله أعلم (المسألة الثالثة)
اذا احتاج أحدهما إلى السقى وكان على الآخر ضرر وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر
بالنخل وينفع الثمرة فاراد البائع السقى فوجهان قال أبو اسحق يقال للمشتري اسمح للبائع بالسقى فان
سمح فذاك والا قلنا للبائع اسمح بترك السقى فان سمح فذاك وان أبى فسخنا البيع بينهما وقال
ابن أبي هريرة يجبر المشتري على ذلك وللبيع ان يسقى والأجرة على البائع وحكى الامام وجهاً ثالثاً
بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها قال وحقيقة الأوجه تؤول إلى أن من
أصحابنا من يرعى جانب المشتري ومنهم من يرعى جانب البائع وأبو اسحق لا يقدم أحد الحقين على
الآخر (الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمره وينفع الشجرة فاراد المشتري السقى قل أبو اسحق
يقال للبائع اسمح في أن يسقى المشتري فان سمح فذاك والا قلنا للمشتري اسمح في ترك البائع فان سمح فذاك
وان أبى فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبي هريرة أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري لانه على
أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذي حكاه الامام ويكون بينا مراعاة جانب البائع وفي كل من الصورتين
لو اتفاق على السقى أو تركه جاز قاله صاحب البيان وغيره وقد ينخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره
وتبين بهذا التفصيل أن قوله وتجب الأجرة على من يسقى من كلام ابن أبي هريرة واما مراده بمن يسقى البائع

بالشفعة أعلم - بالواو - ولما حكينا عن الشيخ أبي محمد وليس لمسألة الممر اختصاص بذكر الإخذ والعمل
ايرادها في ركن المأخوذ أولى *

قال * الركن الثالث المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم بمعاوضة * احترزنا بالتجدد
عن رجائين اشتريا داراً فلا شفعة لأحدهما على الآخر اذا لا تجدد لأحدهما * واحترزنا باللازم عن

في الصورة الاولى والمشتري في الصورة الثانية ويجوز أن يكون قوله وتجب أجرة السقي علي من يسقي كلاماً مبتدأ غير مختص بابن أبي هريرة يعني حيث أوجبنا السقي فهو علي من ينتفع به لا كمن باع ثمرة بعد بدو صلاح فانه يسقي والمنفعة للمشتري ويشمل ذلك ما إذا سقى البائع أو المشتري أو هما جميعاً فتجب الأجرة عليهما كما صرح به الرويات وهو الظاهر والذي يسقي في الصورتين هو الطالب الذي أجبرنا الممتنع لأجله ومعنى الاجبار إجباره علي تمكين الآخر من السقي وقول المصنف لأن منفعة السقي تحصل له تعليل ظاهر في الطرفين وقد فهم ابن الرفعة من كلام الماوردي في هذه الصورة الثانية وقوله أن لصاحب الثمرة منعه فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك قولاً آخر قال وبذلك يكمل أربعة أوجه (ثالثها) ان تراضيا علي أحد الأمرين فذاك والا فسخه الحاكم (ورابعها) الأمر كذلك إلا أن المتولي للفسخ البائع إن أراد وقد بقي من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرها وتركها المصنف لوضوحها ولا خلاف فيها وهي اذا كان السقي بضر بالثمرة والنخل جميعاً كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر علي صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفيه وتضييع قاله الروياني وهذا انما يتصور في غير النخل (أما) النخل فينفعه السقي أبداً فلو قال صاحب الثمرة أريد أن آخذ الماء الذي كنت استحققه لسقي ثمرتي فاسقي به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك وهكذا لو أخذ ثمرة قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذي كان يستحقه الى وقت الجذاذ لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها فقد كملت المسائل التي في أحوال السقي ستاً شمل كلام المصنف خمساً وترك واحدة ومسائل ترك السقي سبعا ذكر المصنف منها في آخر كلامه واحدة وترك ستاً وكلها مندرجة في كلام الماوردي والله أعلم * (فائدة) قال الشيخ أبو حامد وغيره قالوا هلا قلم في هذه المسائل السقي علي المشتري^(١) صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت حيث تجب أجرة السقي علي صاحب الأصل وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه في مسألة البيع بعد بدو صلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك انما يكون بالسقي وههنا الواجب علي البائع تسليم النخل وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري فكان بخلافه قال ابن الرفعة وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له أي في حال انتفاع الثمرة بالسقي *

(١) كذا بالأصل
فحرر

الشراء في زمان الخيار فانه لا يؤخذ ان كان للبائع خيار لانه اضرار به ولا حق للشفيع علي البائع * وان كان للمشتري وحده فطريقان (أحدهما) لا لأن العقد بعد لم يستقر (والثاني) فيه قولان * كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً وأراد رده وقصد الشفيع أخذه فأيهما أولى وقد تقابل الحقان فيه قولان * وكذا الخلاف في تراحم الشفيع والزوج اذا طلق قبل الميسر علي الشقص المهور *

﴿ فرع ﴾ حيث جعلنا للبائع السقي قال الشافعي والأصحاب وإنما له أن يسقي القدر الذي فيه صلاحه وليس له أن يسقي أكثر من المجهود بحيث يتضرر به صاحب النخل فإنه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط فإن اختلفا في ذلك فقال المشتري في كل عشرة أيام سقية وقال البائع في كل خمسة أيام سقية فالمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه ولو قال أهل الخبرة إن الثمرة لا تفسد بترك السقي بل تسلم الثمرة من غير سقي غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة والشجر يتضرر بها قال الامام فهذا فيه احتمال عندى يجوز أن يقال يمنع البائع فإن الزيادات لا تنضبط فالمرعى الاقتصاد ويجوز أن يقال له أن يسقي ١. كان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبي اسحق وابن أبي هريرة إذا كان السقي يضر أحدهما فعليه ويضر الآخر تركه وفي هذه المسألة لم يتعارض ضرران وإنما ضرر وزيادة نفع والذي ينبغي ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقي والله أعلم • وأطلق الرافعي احتمال الامام متى كان السقي يضر بواحد وتركه يمنع حصول زيادة للآخر وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها في كل منهما هل يلحق ذلك بتقابل الضرر فيه احتمالان ولم أرهما في النهاية إلا في الحالة الواحدة وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتي الخلاف السابق بين أبي اسحق وابن أبي هريرة وعلى الاحتمال الآخر يتعين انسقي والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ القولان الاذان أطلقهما المصنف هل محلها فيما إذا كانت السقي متعذراً أو مطلقاً كلام الغزالي والامام يقتضي الاول وجزم في حالة الامكان بوجوب السقي أو القطع على البائع وكلام الشافعي يقتضي الثاني لكنه في حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقي من غير الماء المعتاد وتنزيل الجزم بوجوب أخذ الأمرين على ما إذا كان السقي ممكناً بالماء المعد لذلك واستنبطه من كلام الشافعي وقوله أخذ صاحبه بقطعه إلا أن يسقيه متطوعاً أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقي القطع عيناً وله أن يسقطه بالسقي إلا أن الواجب أحد الأمرين كما يقول ذلك في المولى فإن لم يمكن السقي بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع لانه لا مسقط له ولا جرم كان هو الاصح عند الكرخي وغيره وقال النووي ان هذين القولين

المأخوذ منه هو المشتري ومن في معناه وفي ضبطه قيود (أحدها) كون ملكه طارئاً على ملك الآخذ فإذا اشترى رجلان داراً معاً أو شقصا من دار فلا شفعة لواحد منهما على الآخر لاستوائهما في وقت ثبوت الملك (الثاني) كونه لازماً وفيه ثلاث صور (أحدها) ان جرى البيع بشرط الخيار لهما أو للبائع الخيار وحده لم يؤخذ الشقص بالشفعة مادام الخيار باقياً أما على قولنا الملك غير منتقل إلى المشتري

فما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة فإن لم يكن وجب القطع قولاً واحداً كما قاله الامام وصاحب التهذيب *

(فرع) ظاهر كلام الاصحاب أنه يجب السقي بالماء لدى جرت العادة أن يسقى منه تلك الاشجار ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت في العقد وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعاً بملك المشتري حيث يفسد العقد قال ابن الرفعة لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتنامل (قلت) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع ووجوب الابقاء وليس ذاك كما اذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجباً من الماء المعتاد وان كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ولم يقل وتجب مؤنة السقى لان الماء من جملة المؤنة وهو على المشتري وفي الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الاجرة في نقله وما أشبهه نعم تجب عليه أيضاً الآلات التى يستقى بها المشتري وانما يلزم بالتامكين من الماء خاصة والله أعلم *

(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسوخ كما هو قول أبى اسحق وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشتري والذى يقتضيه اطلاق نص الشافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فانه قال واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشتري تخلية البائع وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشتري فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الاقرب ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقاً وقال ابن الرفعة ان ظاهر النص على ما يحجه فى الوجيز * قال المصنف رحمه الله *

(لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو صلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبيل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً يكاف ثقله حتى يصبح والعادة فى الثمار تركها

فظاهر واما على قول الانتقال فلان فى اخذه ابطال خيار البائع ولا سبيل للشفيع الى الاضرار بالبائع وابطال حقه وعن صاحب التقرير احتمال على قولنا بانتقال الملك الى المشتري وان شرط الخيار للمشتري وحده فان قلنا الملك له فى اخذه بالشفعة قولان رواية الربيع واختيار أبى اسحق المنع وبه قال مالك واحمد لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد وفى الأخذ الزام واثبات للمهدة عليه ورواية المزنى يؤخذه

الى اوان الجذاذ فاذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز ان باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن الغرر وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان أحدهما يصح لأنه يحصل للمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض والثاني لا يصح لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط انقطع فاشبه إذا باعها من غير مالك الأصل ﴿

﴿ الشرح ﴾ حديث ابن عمر رضي الله عنهما الاول رواه بلفظه المذكور البخاري ومسلم ولفظ مسلم الثمرة وفي الصحيحين أيضاً من رواية ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم ونذهب عنه الآفة (وأما) حديث ابن عمر الثاني فرواه مسلم ولفظه عن بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري وفي رواية الشافعي في حديث ابن عمر قال الراوى فقلت لعبد الله معى ذلك قال طلوع الثريا وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرها في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهر قال الراوى فقلنا لأنس ما زهوها قال تحمر وتصفر قال أرايت إذا منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه رواه البخاري ومسلم وقد كثر الزهوى في الحديث يقال زها النخل يزهر قال الخطابي هكذا روى في الحديث يزهر والصواب في العربية يزهي وقال غيره ليس هذا القول منه عند كل أحد فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ومنهم من قال زها النخل اذا طال واكتهل وهذا القول مخالف لما جاء في الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ولمعني الحديث وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث « قيل يا رسول الله وما تزهي قال حتى تحمر » والزهو - بفتح الزاى - وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاى وهو غريب وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تتبايعوا الثمر بالثمر » رواه مسلم وقوله يبدو أى يظهر يقال بدا يبدو مثل دعا يدعو فأما بدأ يبدأ - بالهمز - فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله ﷺ « نهى أن تباع الثمرة حتى يشقح قيل وما يشقح قال تمحار وتصفر ويؤكل منها » رواه البخاري

قال ابو حنيفة لأنه لاحق فيه الا للمشتري والشفيع مسلط عليه بعد لزوم المالك واستقراره فقبله اولى وهذا اصح عند عامة الاصحاب ونقل للامام وصاحب الكتاب في المسألة طريقتين (أحدهما) اثبات القولين هكذا لكن قالاهما مأخوذان من الخلاف الذى نذكره فيما بعد اذا اطلع المشتري على عيب بالشقص وأراد رده وأراد الشفيع أخذه فعلى رأى للشفيع قطع خيار المشتري في الصورتين وعلى رأى

مسلم رحمه الله تعالى وقوله يشتح - بضم الياء الشاة من تحت واسكن الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة - ويروى - بفتح الشين وتشديد القاف - يقال أشقح وشقح وروى يشقه ببدال الحاء هاء وقد فسر في الحديث قال والاشقاه أن يحمر أو يصفر وفي رواية النسائي في هذا الحديث حتى يطعم وفي رواية لمسلم حتى يطيب وعن ابن عباس قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل وحتى يوزن قل فقالت ما يوزن فقال رجل عنده حتى يحرز » رواه البخاري ومسلم وعن أنس « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد » رواه أبو داود والترمذي والحب الطعام واشتداده قوته وصلابته فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو صلاح وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة رواه مالك في الموطأ والفاظ هذه الأحاديث مختلفة ومعانيها متفقة قال العلماء أما أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد من الرواة ما سمع وأما أن يكون قال لفظاً في وقت ونقله الرواة بالمعنى وعن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فاذا جند الناس وحضر تقاضيمهم قال المبتاع انه أصاب الشر الذمان أصابه مراض أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك « أما لا فلا تباعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخاري والذمان - بفتح الدال وتخفيف الميم - عفن يصيب النخل فيسود فينشق أول ما يبدو فيها من عفن وسواد والمراض - بضم الميم - داء يقع في الثمرة فتهلك والنشام - بضم القاف والشين المعجمة - أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً (وقوله) أما لا أي إن لم تفعلوا هذا فليكن هذا وأصلها أن الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها وأدخلت على لا النافية وقد يقال إن حديث زيد هذا يدل على أن النهي في الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم إما لا ولقول الراوي كالمشورة لهم فان ذلك يدل على أنه ليس بمنتهى والتمسك على ذلك بقول الراوي كالمشورة ليس بالقوى فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدينية وأما التمسك بقوله إما لا فلا نه يقتضى أن النهي معلق على شرط وهو النهي تقدره محذوفاً والذي يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير

لا يمكن منه (والثاني) القطع بأنه لا يأخذه إلى أن يلزم العقد والفرق بين الرد بالعيب وبينه أن الأخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد وتامه (واعلم) أن هذه الطريقة الثانية لا تكاد توجد في غير كتابنا والذهاب على الطريقة الأولى إلى تخريج القولين من الخلاف في الرد بالعيب بعيد مع أن الجمهور حكوهما عن النص ولو عكس وقيل الخلاف في الرد بالعيب مأخوذ من الخلاف ههنا لكان أشبه هذا إذا فرعنا على

إن لا ترجعوا عن الخصومة أو ما في معنى ذلك فذلك وإن كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق فإن رجوعهم عن الخصومة في المستقبل في حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفا على ذلك فالمراد والله أعلم أنه أنشأ النهي لأجل ذلك وكأنه استعمل بمعنى إذ التي تستعمل للتعليل ومما يرشد إلى أن النهي حتم قوله نهى البائع والمشتري فإنه تأكيده للمنع وإن كان لمصلحة المشتري وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث وقال أبو الفتح القشيري أكثر الأمة على أن هذا النهي نهى تحريم وقوله في حديث أنس «أرأيت إن منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» وقد ورد في بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلامه عليه السلام وذلك من طريق مالك رحمه الله والدروردي وخافهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد فجعله من كلام أنس واتفق مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لاتنافي بينه وبين ما رواه سفيان يقتضي الحكم بكون ذلك من كلام النبي عليه السلام و بكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع وإن عنده عن النبي عليه السلام فروى عنه كذلك على الوجهين ويثبت كونه عن النبي عليه السلام وقد زعم بعض شارحي التنبيه أن الشافعي رضي الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعي ورواه مع مالك عن حميد الدروردي كما رأيت والله أعلم. (أما) الأحكام فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع الثمرة إلى قسمين (القسم الأول) أن يبيعهما قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول) أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام وهذا التقسيم أحسن وإن شئت تقول وهو أقرب إلى كلام المصنف أن بيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعهما قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك الأصل وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعهما بشرط التبقية فبيعهما باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة (الثاني) أن يبيعهما بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لانه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة ومن صرح بالاجماع في المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعي وغيرهما ونقل ابن حزم في كتابه المحكي عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة لا بشرط القطع ولا بغيره والشافعي رضي الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» كذلك قال في الام فإن الثمرة

أن الملك للمشتري (أما) إذا قلنا إنه بعد للبائع أو موقوف والمشتري منفرد بالخيار فعن صاحب التقریب وجه أن الشفيع يأخذ الشقص لانقطاع سلطة البائع بلزوم العقد من جهته (والأصح) المنع لان ملك البائع غير زائل على التقدير الأول وغير معلوم الزوال على الثاني وعلى الأول إذا أخذه الشفيع تبينا أن الملك للمشتري قبل أخذه وانقطع الخيار *

التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه فان ذلك فيه خلاف وأما هذه العلة فمنصوصة ولاشك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة وهو من أقوى درجات الايمان الذي هو أحد أدلة العلة ولعل سفيان الثوري رحمه الله إنما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته فاعله لذلك لم يأخذ به لـكن في الحديث ألفاظ آخر تدل على ذلك (منها) قوله حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله حتى يبدو صلاحها يعني أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالباً لكبرها وغلظ نواها وقبل الصلاح تسرع إليها العاهات لضعفها فاذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن وكان ذلك من أكل المال بالباطل فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل وقيل معني آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح ^(١) أجزائها كبراً ظاهراً من أجزاء الشجرة وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية •

(١) يياض بالاصل

﴿ فرع ﴾ إذ باع بشرط القطع وجب الوفاء به لئلا يمتنع البائع بعد شرط القطع بولي المشتري بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز ولو طال به بالقطع لزمه ذلك نص عليه الشافعي والصيمري والماوردي والرافعي قال الرافعي ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع وقد يقوى ذلك بأن الفرر إنما ينتفي بأخذها ولذلك قل المصنف رحمه الله لأنه يأخذه قبل أن يتلف فتمى لم يؤخذ وإن كان بتراضيهما فالفرر باق ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد وهو في هذه الصورة مأمون فإن التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد فاذا تراضيا على إبقائها وحصلت آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق بخلاف ما إذا أطلق أو شرط التبقية فإن التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ فالآفة الحاصلة قبله مانعة منه وعن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحبي ابن أبي كثير اليماني التابعي صح عنه أنه قال لا بأس ببيع الشعير للعلاف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه فإن غفل عنه حتى يصير طعاماً فلا بأس به •

﴿ فرع ﴾ باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار ثم باع الثاني نصيبه في زمان الخيار بيع بقات فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني لزوال ملكه ولا المشتري منه وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول إذا فرغنا على أنه لا يملك في زمان الخيار لأن سبب الشفعة البيع وهو سابق على ملكه (وأما) الشفعة في المبيع ثانياً فموقوفة ان توقفنا في الملك للبائع الأول ان أبقينا الملك له وللمشتري منه ان أثبتنا الملك له وعلى هذا قال في التتمة ان فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفעתه (ان

﴿ فرع ﴾ قال في التتمة إنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعاً به كالحصرم واللوز والبلح والمشمش فاما مالا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكهثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضاً وكذلك قال في البحر والرافعي فرع إذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فإن كان قد طال به البائع بالقطع فلم يقطع وجبت الاجرة والا فلا قاله الخوارزمي •

﴿ فرع ﴾ التسليم في ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار فتكون مؤنة القطع على المشتري أولا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع الذي يظهر من كلامهم الثاني ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجري فيها خلاف وضع الجوائح وسند كرهه في موضعه ان شاء الله تعالى (القسم الثالث) ان يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية فذهبنا ان البيع باطل للأحاديث وبه قال مالك وأحمد وإسحق وداود وقال ابو حنيفة رضي الله عنه البيع جائز صحيح ويؤخذ للمشتري بقطعها في الحال بناء على اصله في أن الإطلاق يقتضي الفسخ لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع وعندنا الاطلاق ينتضي التبقية فنحن نخالفه في المسألة وفي الأصل الذي بني عليه ولهذا قال لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله وبشرط القطع يصح فيهما والاطلاق كشرط القطع ونحن نقول بشرط القطع يصح في الحالين وبشرط التبقية يصح بعده ولا يصح والاطلاق كشرط التبقية واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغي ان تنزله على القطع ليصح وبالقياس على ما بدا صلاحها وعلى ما شرط قطعها وعلى رهنها وأجاب أصحابنا بأن النهي ورد مطلقا فلا يكون تنزيهه على شرط التبقية لا طلاقه ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم فتعين ان يحمل على البيع المطلق وأيضاً ان النهي توجه الى المهود من البياعات والمهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط فصار النهي بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ولأن العرف في الثمار ان تؤخذ وقت الجذاذ فصا المطلق كالشروط التبقية والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه وليس التسليم بالقطع والتحويل وإنما هو برفع اليد والتكليف وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد وقد يتقيد المطلق إذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد إما في التصحيح واما في الافساد

قلنا) ان الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله (وان قلنا) يرفعه من حينه فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة وان أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع فالحكم بالشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار (الثانية) اذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً فاراد رده وجاء الشفيع يريد أخذه ويرضى بكونه معيباً فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) ان الشفيع أولى بالاجابة لان حقه سابق على حق

وليس ذلك سعيًا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد (وأما) القياس على مابدا صلاحها فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثاني) أن مابدا صلاحه يخامر العاهة والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضي التبقية والقياس على الرهن فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين فإن جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدتها قبل بدو الصلاح لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع فإنها إذا تلفت ضاع الثمن ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد ابن ثابت وقوله ان النهى كان كالمشورة وقد تقدم الكلام فيه وأجاب أصحابنا أيضاً عنه بوجهين (أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه إذا احتمل الخبر أمرين والمراد أحدهما بالاجماع كتفسير التفرق في خيار المتبايعين وكقوله إلهها وه تفسير عمره (أما) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا (والثاني) أن ظاهر رواية زيد وقوله انه حضر تقاضيهما انه كان قد وقع على شرط التبقية ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا إذا كان مشروطاً وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح كما يمنعونه قبله والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحاليتين وحمل الغزالي في التحسين المشورة في ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للأسائل «أينقص الرطب إذا جف» ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال فبهم يأخذ أحدكم مال أخيه فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك على قرب (قلت) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا فيتبين الاحمر من الأصفر وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر قال الشيخ أبو حامد ولا يخالف لهما من الصحابة والله أعلم *

(فرع) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد فلو كان في البلاد الشديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها إلى الحلاوة واعتاد أهلها قطع الحصرم ففي بيعها وجهان عن الشيخ أبي محمد أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلاً لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة فيكون المعهود كالمشروط وامتنع الأكثرون من ذلك ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة وهذا الخلاف يجري فيما

المشتري فإنه ثابت بالبيع ولأن الغرض للمشتري استدراك الظلامة والوصول إلى الثمن وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع ولأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالكلية ولو قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته (والثاني) ان المشتري أولى لان الشفيع انما يأخذ اذا استقر العقد وسلم عن الرد لانه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه والاول أرجح عند الأكثرين

إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فيفسد الرهن وأشار امام الحرمين إلى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية وان هذا أقرب من تلك المسألة لان أعمال التواطؤ في تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة فقد لا يحتمل ومن نظائر ذلك ما إذا جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض فالمذهب جواز اقراضه وفيه وجه وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ والمخالف في بعضها لعله يخالف في الباقي ولكن اتبعت في نقل مسألة الحصرم عن الشيخ أبي محمد ومسألة الرهن عن القفال ما في النهاية والرافعي نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه القاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده وفي الوسيط نسبة إلى المنع في المسألتين إلى القفال ونسبه إلى ابن أبي الدم إلى الخليل، والتهافت (أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففي قوله المنع ونأويله أنه خالف من أبطل في مسألة الحصرم وخالف من صحح في مسألة الرهن قال ابن الرفعة كلام الشيخ أبي محمد مبين لكلام القفال لأن القفال اعتبر العادة وحدها والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهي إلى الحلاوة فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذي يجيء منه عنب حصرم صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع ومن ذلك يخرج في مسألة الحصرم ثلاثة أوجه وهذا الذي قاله ابن الرفعة محتمل ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبي محمد أنه إنما اعتبر العادة وإنما فرضنا في ذلك لانه الذي يعتاد قطعه حصرماً (أما) ان ذلك معتبر عنده في الحكم فيحتاج إلى نقل ومنهم من حمل قول الغزالي ومنع القفال في المسألتين على منع الصحة في مسألة الرهن ومنع وجوب التبقية في الحصرم وحمل الحصرم على مابداً صلاحه لقول الجوهري ان الحصرم أول العنب والمراد أنه لا تجب تبقيته إلى أوان الجذاذ كما يقتضيه اطلاق غيره من الاصحاب وهذا حمل حسن أيضاً لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه وقول الجوهري معناه أول الثمرة التي نهايتها عنب * واعلم أن ههنا أموراً أربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف (والثاني) العادة وينقسم كل منهما إلى عام وخاص والعرف غير العادة فإن المراد بالعرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ كما تقول الدابة حقيقة عرفية عامة في ذوات الأربع والجوهر حقيقة عرفية خاصة في المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال وما أشبهها فهذان قسمان متغايران العادة والعرف وقد تجعل العادة أعم وتقسم إلى عادة قولية وهي ما سميته بالعرف وعادة فعلية وهي مقابلة وقد يطلق العرف على الجميع والأمران الآخران

ومنهم من لا يذكر غيره ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع ثم جاء الشفيع طالباً فلا يجاب (ان فلنا) المشتري أولى عند اجتماعهما (وان قلنا) الشفيع أولى فوجهان (أحدهما) لا يجاب بتقديم الرد وفي (الآخر) يجاب ويفسخ الرد أو تقول تبيننا أن الرد كان باطلاً والخلاف في أن الشفيع أولى أو المشتري

(أحدهما) الالفاظ التي تطلق في العقود وفي تقييد مطلقها وتفسير مجملها (والثاني) ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد وهذان أمران مغايران أيضاً فان الاول يرجع إلى تنزيل لفظ مطلق جرى في العقد على معنى كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف في البلد وحمل المسلم فيه على السليم لانه المتبادر إلى الذهن عند الاطلاق دون المغيب والثاني يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد كمسألتنا هذه فاعتبار العرف العام لاشك فيه في تقييد اللفظ المطابق كما لو قال اشترى دابة لم يشتر إلا ذوات الأربع والعرف الخاص كلاصطلاح على تسمية الالف الفين في مهر السر ومهر العلانية (وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها وان عمت واطردت فقد اتفق الاصحاب على اعتمادها وذكرها لها أمثلة (منها) تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب وهذا إن قدمته في قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة (ومنها) أن لا يخرج المتكارس إلى ذكر المنازل وتفصيل كيفية الاجزاء وهذا مثال صحيح وهي من قسم ما يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع والتبقيّة كبقية أجزاء البهيمة المكراة والمقدار الذي يطوى في كل يوم ووجوب تسليم الأُكاف والثفر واللاجام وجميع الادوات عند استئجار الدابة وضابطه كما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ إلى الفهم سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصياً مشغلاً بما لا حاجة إلى ذكره وكثيراً ما يسمى الفقهاء ذلك عرفاً لعمومه ولأن فهم هذه الاشياء صار في العرف لمفهوم اللفظ فالنحج بالعادة القولية قال الامام وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم ومضمرة كالمذكور صريحاً وكل ما يتعارض للظنون ببعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف يعني ما تتعارض الظنون في اطرادها وما لا يطرد جزماً فلا يعتبر وقد أطلق الأصوابون أن العادة الفعلية لا تعتبر فلا تخص عاملاً ولا تفيد مطلقاً كما اذا حلف لا يأكل خبزاً ولا يلبس ثوباً فيجنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير والسبب في ذلك أن العرف القولي ناسخ للغة وناقل للفظ والفعل لا ينقل ولا ينسخ

جاز كما إذا اشترى شقصاً بعبد ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص وأراد الشفيع أخذه بالشفعة والمسألة مذكورة في الكتاب من بعد وسنعود إليها وحكى في التهذيب جريانه أيضاً فيما إذا اشترى شقصاً بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد فتلّف العبد في يده حتى تبطل شفعة الشفيع في وجهه ويتمكن من الأخذ في الثاني كما لو تلف بعد أخذ الشفيع فان الشفعة لا تبطل بل على الشفيع قيمة العبد للمشتري وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع والذي أورده صاحب الشامل وغيره أنه إذا

ولا معارضة بينه وبين اللغة واطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له والله سبحانه وتعالى أعلم * ثم أشار الامام أيضاً الى تخريج مسألة قطع العنب حصراً على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر اذا طرد كدم البراغيث في بعض الأصقاع هل يعطى حكم العام فيعفى عنه وقطف العنب حصراً في غاية الندور فان فرط اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور *

(فرع) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة * قال الروياني لانص فيه (قال) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقاً من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها (قلت) وهذا يشير الى المعنى الذي نقله الامام واستغفناه فيما تقدم ولكن ينبغي أن يقال لأنه لا يخشى عليها العاهة التي ورد النهي لأجلها فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لي * واذا كان كذلك فيجب قطعها في الحال والله أعلم * ومن نص على الصحة في ذلك أيضاً الخوارزمي وعلمه بان العقد يحمل على العادة والعادة فيه القطع وكذلك صاحب التتمة والنووي في الروضة فهذا ما يتعلق بالقسم الأول وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار *

(فرع) اذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية وقطع منها شيئاً قال الشافعي فيما نقله أحمد ابن بشري من نصوصه ان كان له مثل رده ولا أعلم له مثلاً فاذا لم يكن بقيته (قلت) ومن هنا اسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد اذا كان مثلياً يضمن بالمثل كما هو القياس وان كان بعضهم قال إنه يضمن بالقيمة واطلاق صاحب التنبيه يقتضيه فهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل والله أعلم *

(فرع) اذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فلا باع الا جبار على القطع كما كان قبل ذلك وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك أو لا يجاب الى ذلك بل يفسخ العقد فيه قولان وقيل بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها وبطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم كما لو اشترى حنطة فانها تعلق عليها حنطة أخرى * قال ابن الرفعة وهذا فيه نظر لأن المستحق بمض المبيع وهو على الاشاعة فليكن البطلان ان قيل به في قدر الزكاة كما اذا استحق بمض المبيع قال وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقي العقد فيه

كان الثمن عيناً وتلف قبل القبض بطل البيع والشفعة (الثالثة) ستعرف أن الشقص للمهور مأخوذ بالشفعة فلو أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد وجاء الشفعير يريد أخذه بالشفعة فله أخذ نصفه (وأما) النصف الآخر فزوج أولى به أو الشفعير فيه وجهان وكذلك إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن فاراد البائع الفسخ والشفيع الأخذ بالشفعة فيه الوجهان (أحدهما) أن الزوج والبائع أولى بالاجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق وأيضاً فان البائع لم يرض بزوال الشقص إلا على أن يسلم له الثمن فاذا لم يسلم

وهو لا يمكن فلذلك تعذر تسليمه وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعاً قبل بدو الصلاح بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تعيير بين المبيع (القسم الثاني) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع فانه يصح وقد نص الشافعي رضي الله عنه على هذه المسألة نقلها القاضي أبو الطيب عن نصه في الرسالة وقد رأيتها في الأم أيضاً في باب ثمرة الحائط يباع أصله قال فان قال قائل فكيف أجزم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط وجعلتم لها حصّة من الثمن ولم تجزوها على الانفراد (قيل) بما وصفنا من السنة وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعي في الأم في هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل ماها وأفنياتها وذلك غير معلوم لانه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الانفراد لم يجوز وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ولو أفرد بعضها لم يجوز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضاً • قال القاضي أبو الطيب ولو كان القطع يعني في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال يعني في الحديث الا أن يشترط المبتاع القطع وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعني عن الفرغ فيها كاساسات الدار وأصول الجذوع وطى الآبار وغير ذلك وأيضاً فانه اجماع لا خلاف فيه هذا كلام القاضي أبي الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الاصحاب أيضاً ومرادهم ان الأصل غير متعرض للعاهة والثمرة تابعة لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الاشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى فكان قياسها عليه أولى وانك أن تقول أما قياسها على الحمل فان كان المراد ما اذا بيعت الام ودخل الحمل تبعاً فلفرق ظاهر وان كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كـ... ألتنا هنا فقد قال الأصحاب انه اذا قال بعثك هذه الدابة وحملها ففي صحة العقد وجهان (أحدهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحـداد والشيخ أبو علي انه لا يصح (والثاني) وبه قال أبو زيد وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب الدحة ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب في شرح الفروع أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسطاً من الثمن والقول الآخر على أنه ليس له

وجب أن لا يؤخذ منه (وأصحهما) أن الشفيع أولى لأن حقه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق وحق البائع بالافلاس وأسبق الحقين أولى بالرعاية ولأن منع الشفيع ابطال حقه واذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع وانما ينتقل الى البديل ولأن حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري عند افلاسه ولا الزوجة تصرف الزوج قل الشيخ أبو علي والوجهان مبنيان على القوانين فيما اذا كن الخيار للمشتري وحده وأراد الفسخ والشفيع أراد أخذه بالشفعة وقد قدمناها وذكر

قسط (وأما) قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب وإن كان يقتضي الصحة في بيع الدار وأساسها
لكنهم أجروا خلافاً في بيع الجبة وحشوها فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل وطريقة مجرية
للخلاف فهلا جرى في الثمرة مثل هاتين الطريقتين (فإن قلت) مأخذ البطلان عند من يقول إنها في
بيع الدابة وحملها والجبة وحشوها أنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم وكل واحد من الحمل والحشو يمنع
افراده بالبيع والثمره بعد التأخير وقبل بدو الصلاح يصح بيعها ولو كان بشرط القطع ولا يلزم من إيجاب
هذا الشرط عندما تباع وحدها إيجابه إذا بيعت مع غيرها ولا من القول بالبطلان في مسألة الحمل والجبة
القول به هنا (قلت) يرد ذلك قول الشافعي رضي الله عنه الذي قدمته قريباً بجواز بيع الدار بطرقها
ومسائل ماؤها وأفنيها وذلك غير معلوم لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع فهذا النص
يقتضي الصحة في الجميع وأنه إذا قال بعثك الدابة وحملها يصح وهو رأي أبي زيد وأيضاً فإن الثمرة قبل
بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقاً وهي منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة وما لا يجوز
بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره كالحمل وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة في مسألة الثمرة على
الحمل إلا عند من يقول بالصحة فيما إذا قل بعثك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ
للمصنف القياس عليه * ومن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعي رضي الله عنه والاشكال
عليه أشد فإنه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) المصنف فاعلمه يرى الصحة فإن
القاضي أبا الطيب في شرح الفروع قال إن أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها
إذا علم أن الحشوقطن وقال إن مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا يعني أن
قلناه قسط صحح والا فلا لعدم العلم به ويتفق وجوده واستشهد للصحة في بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها
والجوز ولبنه والرمان وحبه على أنه قال في آخر كلامه أنه يجوز تخريجها أعني الجوز ولبنه والرمان وحبه
على الخلاف فبالجمله الرافعي غير معذور في القياس على الحمل وإنما يصح القياس ممن يرى
الصحة وكلام الشافعي في هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن وذلك يعضد
القول بعدم الصحة في مسألة الحمل ويقوى الاشكال على القياس عليه وقد يترك القياس المذكور

الامام وصاحب التهذيب أن الوجهين متولدان من جواب ابن الحداد في الصورة الأولى أن الشفيع
أولى وجواب أبي اسحق في الثانية بأن تصرف البائع أولى وتصرف من بعدهما من الأصحاب في
كلامهما وجعلوا صورتين على جوابين بالنقل والتخريج وقطع بعضهم بجواب ابن الحداد في الصورة
الأولى وبجواب أبي اسحق في الثانية والفرق أن الثابت للزوج بالطلاق الملك والشفيع ثبت له ولاية
الملك لأنفس الملك فكان الزوج أولى بالتقديم وفي الصورة الأخرى الثابت للبائع والشفيع معاً ولاية

لخفاء مأخذ الصحة في مسألة انتفاء المعنى الذي ذكرته عن الامام في منع البيع بغير شرط القطع وهو امتصاصها من ملك البائع وهذا المعنى مفقود فيما إذا باعها معها أو نقول بأنها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تماماً فحصل الأمن من العاهة في يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطلان بيعها وحدها مفقود في بيعها مع الشجرة فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية لما عرفته (فان قلت) ظاهر ما حكيت من نص الشافعي يقتضى الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفنيتها وطرقها وهي غير معلومة وكيف يقع العقد على أما كن لم يرها المأخذ (قلت) يغتفر ذلك تبعاً كالأساس والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان جزءاً فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجاً عن مسماه وليس بجزء منه ظاهر النص الذي حكيت يقتضى الجواز فيه أيضاً لأن المسيل والطرق خارجة وبه جزم القاضي أبو الطيب ولم يحك فيه خلافاً في شرح الفروع فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزم ويحتمل أن يبطل فيه وان صح في تلك تخريجاً على أن الحمل لا يعلم ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف ولا خبر في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها هذا كله إذا جعله مقصوداً بأن قال بعثك النخلة وثمرتها أو الجارية وحملها هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو الطيب والمصنف (وأما) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط كقوله بعثك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك فان ذلك صحيح لاشك فيه للحديث ما إذا أتى به على وجه البيع كقوله بعثك النخلة وثمرتها فانه يجوز عندنا وعند المالكية لكن مذهب مالك أنه لا حصص للثمر من الثمن وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشتري النخلة بعد شراء النخلة وهو بعيد وقال ابن حزم الظاهري لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها إلا بالاشتراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث وللأولين أن يقولوا انه لا معنى لادخالها بالشرط إلا إدخالها في البيع والافهى لا تدخل عند الاطلاق ومتى أدخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا جزم الشافعي بقوله هنا بأنها تقابل بقسط وقال في الحمل هنا انه لا يقابل بقسط مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضاً •

التملك لكن الشفيع أسبق حقاً فهو أولى بالتقديم وإذا قدمنا الشفيع في صورة الافلاس فظاهر الوجوه وبه أقال ابن الحداد ان الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم لأن حق البائع اذا انتقل عن العين الى الذمة التحقق بسائر الغرماء (والثاني) ويحكى عن ابن سريج أنه يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين (والثالث) أنه ان كان البائع سلم الشئ ثم أفلس المشتري لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشتري وان سلم فهو أولى بالثمن والطريقان جريان فيما اذا اقتضى الحال عود كل الصداق الى الزوج لرده أو فسخ قبل الدخول هذا اذا اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع أما لو أخذ الشفيع

﴿ فرع ﴾ هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع لاختلاف في المذهب فيه أعلمه قال الرافعي رحمه الله بل لا يجوز شرط القطع لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه وسبقه في ذلك صاحب التتمة وقال انه لو شرطه بطل (قلت) يرد عليه إذا باع الثمرة ممن يملك الأصل فان شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال ومع ذلك فقد قال الرافعي ان الأصح عند الجمهور وجوبه وعلل الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد إذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالإطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقداً لا أجلاً صح وقال ابن الرفعة يشبهه على طريقة الامام والغزالي فيما إذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه إلا كذا أن يصح ويلغى الشرط وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل في الأصل والثمره معاً إذ الثمرة تابعة للشجرة في التسليم والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ إطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكامها وكانت مرئية وأما اذا لم تكن كذلك وكذلك من وقفت على كلامهم من الأصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها وهي غير معلومة لأن ذلك بيع وذلك ظاهر إذا قلنا يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح (أما) إذا منعناه فيحتمل أن يقال انه يجوز أيضاً تبعاً كما سقط شرط القطع ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح (القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الاشجار بأن كان يملك أصلها يبيع متقدماً أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بشجرة ومات الموصي فملكها وبقيت الأصول للورثة اذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه وصححه الجرجاني والغزالي وادعي ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنجي أنه ظاهر المذهب لانه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه يناهض مقتضى العقد قاله القاضي حسين في الزروع واءترض على القياس الذي ذكره المصنف بالفرق فانه إذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة

انشقص من يد الزوجة ثم طلق الزوج أو من يد المشتري ثم انه أفلس فلا رجوع للزوج والبائع الى الشفيع بحال لكن ينتقل حق البائع الى الثمن وحق الزوج الى القيمة في مالها كما لو زال الملك يبيع أو غيره ولو طلقها قبل علم الشفيع وأخذ النصف ثم جاء الشفيع ففي استرداده ما أخذه الزوج وجهان كما اذا جاء بعد الرد بالعيب وحكى الامام طريقة أخرى قاطعة بالمنع لان المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار فيبعد نقصه وان قلنا يسترده أخذه وما بقي في يدها والا أخذ ما في يدها ودفع اليها نصف مهر

من أكل المال بالباطل (وأما) إذا باعها مع الشجرة فعلي تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل (والثاني) وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحامي والرويانى والشاشى وابن أبي عصرون والجمهور على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح والفرق بينه وبين ما إذا جمعها عقد واحد أن العقد إذا جمعها كانت الثمرة تابعة معنى عن الفرر فيها كالأساس بخلاف ما إذا أفردت وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه أن الاول ظاهر المذهب وقال فى إيجابه أنه أعني أظهر القولين (١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لوجهان *

(فرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والحوارزى فى تعليقه (٢) ومن صرح به النووى فى المنهاج وأبدي ابن الرفعة فيه نظراً أخذاً من قول القاضي حسين قال بعضهم ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح أن علل بالمشار اليه فى الحديث وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا وان علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقق التسليم اقتضى الصحة لأن التسليم متحقق فان الأصل فى ملك المشتري فلا علة لغيره فى المبيع وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعها معاً أن الأصل الشجر والثمار فيها وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ولا كذلك إذا بيعت منفردة قال وهذا القائل تخير أن يقول ان التسليم لا يحصل بذلك والالم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب أن من فى يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن لا بد من النقل والتحويل ليحصل القبض وفارق ما إذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملها وعن ابن الصباغ والبندنجى والمحاملى أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس وما ادعوه من القياس فيه نظر والله أعلم * ولنرجع الى كلام المصنف (قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين المبيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه والمبيع المطاق الذى خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر وكذلك بالمعنى الذى ذكره من قوله ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة الى قوله وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز وقد تقدم بسط ذلك وبيانه فى ذكر حججنا وحجج

المثل ولو كان لا شقص المهور شفيعان فطلبا وأخذ أحدهما نصفه وطلقها قبل أن يأخذ الآخر فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل فى يد الشفيع (وأما) النصف الآخر فهو أولى أم الشفيع فيه الخلاف السابق ويجرى فيما إذا أخذ الشفيعين من يد المشتري ثم أفلس فان قلنا الشفيع أولى ضارب البائع مع الغرماء بالثمن (وان قلنا) البائع أولى فان شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف الثمن والا تركه وضارب بجميع الثمن *

(٢٠١) بياض
بالاصل

الحصم (وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانياً وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما في ذلك (وقوله) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه والا فقد يتراضيان على بقاءه وقد تقدم انه يجوز ذلك عندنا (وقوله) وان باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسقطه اشارة الى أن الغرر لا ينتفي ولكن لا يكون له حكم شرعاً (وقوله) كالغرر في الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك انه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب في هذا الموضع (والأصح) في المذهب خلافه كما تقدم (وقوله) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل الى آخره هو هذا القسم الثالث الذي شرحته وقد تقدم وسيأتى القسم الآخر الذي بقي من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ إذا باع الثمرة التي لم يبد صلاحها وأطلق ثم باع من مشتريها النخل بعد ذلك صح بيعه النخل ولا يصح بيع الثمرة بل هو مقرر على بطلانه وأبدى الامام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما إذا زارعه على الارض بين النخيل ثم ساقاه عليها أنه يصح ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال فان كان لهذا الوجه صحة وثبت فلا بد من طرده في بيع الثمار اذا تقدمت واستأجر عنه بيع الاشجار هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحد والاقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع (القسم الاول) أن يبيعها مفردة عن الارض من غير مالك الارض قبل الاشتداد فان باعها بشرط التبقية أو مطلقاً بطل للحديث وهو قوله « وعن السنبلي حتى يبيض ويأمن العاهة » وفي الحديث الآخر « وعن بيع الحب حتى يشتد » وقياس مذهب أبي حنيفة وتجويزه البيع في الثمار مطلقاً أن يجوزه في الزروع أيضاً وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما خالفنا هناك فقالا لا يجوز مطلقاً واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضاً على أنه لا فرق في الزرع في السنبلي والفصيل يمنع بيع الفصيل من غير شرط القطع وخالف ابن حزم الظاهري فجوزه تمسكاً

قال ﴿ واحترزنا بالمعاوضة عن ملك حصل بهية أو إرث أو رجع باقاة أو رد بيب • فلاشفة في شيء من ذلك • وثبت (ح) الشفعة فيما جعل أجرة في إجارة • أو صداقاً في نكاح • أو عوضاً في كتابه أو خلع أو صلح عن دم عمد أو عن متعة نكاح • ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نجومه ثم عجز ورق في الشفعة خلاف اذ خرج عن كونه عوضاً • ولو أوصى لمستولديه بشقص اذا خدمت أولاده شهراً ففيه خلاف لتردده بين الوصية والمعاوضة ﴾ *

بأن النهى إنما ورد عن السنبيل قال ولم يأت في منع بيع الزرع مذ ينبت إلى أن يسنبيل نص أصلاً وروى عن أبي إسحق الشيباني قال سألت عكرمة عن بيع القصيل فقال لا بأس فقلت انه سنبيل فكرهه قال وهذا نفس قولنا ومن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردى والرافعى وغيرهما * ولو باع الفت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي * (واعلم) أن الأصحاب اتفقوا فيما أعلم على اشتراط شرط القطع في هذا القسم وقال الغزالي في الوسيط (أما) البقل إن بيع مع الأصول فلا يشترط القطع وإن بيع دون الأصول ينزل على القطع قال ابن أبي الدم يريد به أنه لا بد من شرط القطع قال الامام لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في محيطه إنه لا بد من شرط القطع وذكره الشيخ في البسيط في الزرع الأخضر وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الأخضر وكان يمكن أن يقال لا يشترط اشتراط القطع في هذا بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع خوفاً من الاختلاط بخلاف الثمار ولفظ الشيخ في الوسيط يشترط به لكن المنقول ما ذكرته هذا كلام ابن أبي الدم * وقال ابن الرفعة إن الأ شبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبيه إلى الحالة التي يحذف فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع أو أن ينتهى فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى وعليه يحمل كلام الغزالي لأنه ذكره عند الكلام في بيع مابداً صلاحه فظاهر نصه في الام يدل على ذلك لقول الشافعي فيها لا يجوز أن يباع القرط الاجذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاه عند ابتياعه وقال في هذه الحالة انه إذا تركه من غير شرط في العقد أياماً وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفضل الذي له بلا ثمن أو ينقض البيع (قلت) وهذا حمل حسن وعليه يدل كلام القاضي حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردى ماسياً عنه في بدو الصلاح وأنه جعل لذلك النوع حالة إصلاح ولكن في كلام الشافعي الذي اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه إذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لانه يؤدي إلى اختلاط فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعاً مابداً صلاحه لا يجوز فيه شرط النبقية ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحاً فيه (أما) الزرع الذي يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد سواء كان بقلاً أو قصيلاً أو سنبلاً ما لم يشترط وقال الشافعي

القيد الثالث في ضبط المأخوذ منه أن يكون ملكه حاصلًا بمعاوضة فيخرج عنه ما إذا ملك بارث أو هبة أو وصية فانه لا يؤخذ بالشفعة (أما) الارث فلا ينال الوارث لا اختيار له في حصول الملك بخلاف ما إذا ملك اختياراً فانه كان من حقه أن لا يدخل على الشريك ولا يضر به فاذا لم يفعل سلط الشريك عليه (وأما) الهبة والوصية فلا ينال المتهب والموصى له تقلداً لما من اواهب والموصى بقبول تبرعها ولو أخذ الشفيع لأخذ

أيضاً لا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخاف أولاً يستخاف ولا يزيد وهذا
الص يحمل على ما لم يبد صلاحه ولا ينافي ما قاله ابن الرفعة وهذا القسم هو الذي نتكلم فيه
هنا (وأما) الاول الذي يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتي الكلام في بيع ما بدا صلاحه والله أعلم
(القسم الثاني) أن لا يباع الزرع مع الارض فيجوز من غير شرط القطع كما مر في الثمار مع الاشجار
ومن نص عليه المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وبقية
لاصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا (تنبيه) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة
مع الأرض والشجر يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد أو تسنبل ولم يشتد ولذلك صرح به
الاصحاب وهو باطلاقة يشمل ما اذا كان الحب الذي في السنبل غير المشتد مرثياً كالشعير أو غير
مرثي كالحنطة وانما فصلوا بين المرثي وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتي ان شاء الله تعالى فان كانت
التبعية تقتضي المسامحة في ذلك فينبغي في الموضعين والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك في الثمار أيضاً (القسم
الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة جزم المصنف في
التنبيه بالجواز وذكر ههنا الوجهين وقد تقدم ذكرهما ولم أر من صرح بهذه المسألة في الزرع غير
المصنف والقاضي حسين والرويانى والجرجاني والمتولى ومقتضى نصه الذي نقلوه عن الرهن أيضاً يدل
له وكثير من الاصحاب يقتصرون على حكم الثمار وكانهم مكثفون بذلك عن ذكر حكم الزرع قال القاضي
حسين وغيره فعلى قولنا لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد لأنه ينافي مقتضى
العقد وفيه ضرر على المشتري *

(فرع) قول المصنف هنا اذا باع الزرع من يملك الأرض وقال في التنبيه من صاحب
الاصل فظاهره أيضاً أنه المالك فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض في صور (منها) اذا
استأجر أرضاً وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على إبقائه ثم اشتراه البائع مطلقاً هل يكون
كالمالك أو لو كان المالك غير مستحق المنفعة بان كانت مستأجرة مثلاً هل يستمر الحكم المذكور
أو نقول ان المالك في هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي (وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك
لان الشجرة لا يجوز استئجارها كما صرح به بعض الاصحاب في هذا الباب *

عن استحقاق ولو تسلط فلا يكون متقلداً للمانة ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفعة بما أخذ به الممتلك
ولو وهب بشرط الثواب أو مطلقاً وقلنا إنه يقتضى الثواب فوجهان (أصحهما) أنه يؤخذ بالشفعة لأنه
مملوك بعقد معاوضة (والثاني) لا يؤخذ لأنه ليس المقصود منه المعاوضة وعلى الأول ففي أخذه قبل قبض
الموهوب وجهان (أظهرهما) الأخذ لأنه صار بيعاً (والثاني) لا لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض وهذا هو

﴿ فرع ﴾ لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض فانه يصح ويشترط فيه ذكر القطع قاله القاضي حسين وصاحب التتمة والحوارزمي وهو ينبغي أن يكون تقييداً لما تقدم من الاطلاق وعلى قياسه إذا باع الشجرة بالشجرة *

﴿ فرع ﴾ قد تقدمت الاحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح (ومنها) ماهو مطلق (ومنها) ماهو وارد في النخل قال ابن عبد البر ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل في معنى ثمر النخل وأنه إذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه *

﴿ فرع ﴾ لافرق في الثمار بين مايجز كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب أو يجمع كالبطيخ والبقاش والخيار والباذنجان وكذلك التفاح والكمثرى والموخ والجوز واللوز والرايح كلها تجزى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح وبعده ومنفردة وتابعة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الفجل المغروس في الأرض والساجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز أو التبقية أو أطلق لم يجز وان اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز سواء قلنا بيع الغائب باطل أو صحيح لانه لا يمكن رده إلى البائع على صفته قاله القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما *

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين إذا باع أصل السكرات مع السكرات صح العقد ويؤمر بالقلم ولو باع العروق بدون السكرات لم يصح ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ولو باع القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم السكرات وقال في الجوز ونحوه إذا كان في الأرض ولكن بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالصبرة إذا رأى ظاهرها دون باطنها وسيأتي عن الامام أن البقول التي تتزايد لايجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقاً وليس لها حالة كحل بدو الصلاح *

﴿ فرع ﴾ قال ابن الحداد في المولدات باع نصف ثمرة على رأس النخل قبل زهو الثمرة فالبيع باطل لانه لا يمكن أن يقسم وكذلك ان باعه نصف زرعه بقلا وكذلك قاله القاضي حسين في الزرع والرويانى في الزرع والثمرة جميعاً وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الاصحاب ونص عليه الشافعي في الصحيح انه لايجوز على نصف الزرع وذكره المنزني آخر مسألة في كتاب الصلح قال الرافعي وغيره وعملوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع ولا يمكن قطع النصف مشاعاً الا بقطع

الخلاص في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى ولو اشترى شقصاً ثم نقايلاً فان كان الشفيع قد عفا فتجدد الشفعة ينبغي علي أن الاقالة فسخ أم بيع (إن قلنا) بيع تجددت وأخذته من البائع (وإن قلنا) فسخ لم تجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب لأن الفسوخ وان كانت تشتمل علي تراد العوضين فلا تعطى أحكام المعاوضات ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الأول وان جرت الاقالة قبل علم الشفيع بالشفعة

الكل فيتنصرر البائع بنقصان عين المبيع فاشبهه ما اذا باع نصفاً مهيئاً من سيف أو اسطوانة وعليها
سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار فانه لا يصح العقد فيه وقال الرافعي وما ذكره من
أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة (أما) اذا
جوزنا قسمة الثمار في حل الرطوبة بناء على أنها افراز فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل بأن
يقسم أولاً فليكن منع القول مبنيًا على القول بامتناع القسمة لا مطلقاً وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد
قال القاضي أبو الطيب وهو الصحيح (قلت) قد قدمت في باب الربا في جواز قسمة الثمار على الأشجار
أنه في غير الرطب والعنب لا يجوز قطعاً وفي العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهي التي رجحها
صاحب التهذيب والحاملي أنه لا يجوز وان قلنا إنها إفراز (والثاني) تخرجها على القولين (والثالث)
يجوز وان قلنا أنها بيع ومحل الطرق الثلاث على مانبه عليه الحاملي ما بعد بدو الصلاح (أما) قبل
بدو الصلاح فلا يجوز جزماً وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقاً وقتياً ابن الحداد هنا ومن واقفه
صحيحة في غير العنب والرطب جزماً وفي الرطب والعنب إما جزماً على ما قاله الحاملي وأما على الأصح
إذا جعلنا الخلاف مطلقاً وما صححه القاضي أبو الطيب من تخرجها على الخلاف في القسمة وان كان
مخالفاً لما قاله الحاملي فليس فيه تصحيح للجواز لانه لم يذكر هنا أما الأصح عنده في القسمة وقد
صحح الرافعي في باب الربا أن قسمة ذلك تبع فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز
قسمتها وان كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات وهذا كله بناء على ما
أفهمه نقل الرافعي عن أبي الطيب من آخر الخلاف في ذلك والذي ادعاه ابن أبي الدم أنه لا خلاف
في البطلان وأن ابن الحداد علاه بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب في التعليل وأن أبا الطيب قال
الصحيح ما علل به ابن الحداد وقد نص الشافعي على هذه العلة فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا
خلاف في الحكم وقد قال الشافعي رضي الله عنه في باب بيع الآجال من الأم أنه اذا كان بين القوم حائط
فيه التمر لم يبد صلحه فارادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحل وكذلك لو بدا صلاحها لم يحز من قبل
أن للنخل والارض حصة من الثمن وللشجرة حصة من الثمن فنقع الثمرة بالثمرة مجهولة لا بخرص ولا تبع
ولا تجوز قسمته إلا أن يقتسما الاصل وتكون الثمرة بينهما مشاعاً ان كانت لم تبلغ أو كانت قد بلغت

فان جعلنا الأقالمة بيعاً فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ بها وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص الى
المشتري فيأخذ منه وان جعلناها فسخاً فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب وقد سبق ويدخل في
الضبط ما اذا جعل الشقص اجرة أو جعلاً أو رأس مال في سلم أو أصدق امرأته
شقصاً أو متعتها أو خالعها على شقة أو صالح عليه على مال أو دم أو جراحة أو جعله المكاتب

غير أنها إذا بلغت لأبس أن يقتسماها بالحرص قسما منفردا وإن أراد أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها
 ببيع من البيوع فيقوم كل سهم بأرضه وشجره وثمره ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة وإذا اختلف فكان
 نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس في تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا في
 يد بيد انتهى فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح وأوله يقتضي امتناع القسمة بعد
 بدو الصلاح أيضا لكن قوله غير أنها إذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالحرص قسما منفردا يقتضي
 جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل • (واعلم) أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة
 كما رأيت وغلطه بعض الأصحاب في التعليل وقال ليس العلة أنه لا يصح قسمتها فإن البيع لا يصح وإن
 قلنا قسمتها صحيحة وأن القسمة إفراز وإنما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها لأن نصفها مشاعا
 لا يمكن قطعه قال القاضي أبو الطيب هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح والتعليل هو الذي
 ذكره ابن الحداد ونص الشافعي كذلك قال في الصالح لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما
 على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ولا يجبر شريكه على أن يقطع
 منه شيئا ومقتضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد هي الصحيحة وأن القول بذلك
 مبني على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه في التعليل وعمم الحكم ثم قال القاضي أبو الطيب
 بعد ذلك أنه إذا قلنا تصح قسمة الثمار صح بيعه لأن شرط القطع يصح فيه فيبيع نصف الثمرة أو
 نصف الزرع بشرط القطع لم يطالبه بالقسمة في الحال فيقاسمه ثم يقطعه (وأما) إذا قلنا لا تصح القسمة
 فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع والشرط فيه لا يصح ولا
 يمكن قطع المبيع منفردا لأنه مشاع وهذا الذي قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع
 القسمة وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها وكفى بهذا النص
 الذي في الصالح دليلا على امتناع قسمتها والله أعلم • ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي
 في هذا الكلام الذي قاله ويشبه أن يكون تفرعا من عنده على مقتضى البناء على القسمة وما أفهمه
 نص الشافعي ولقائل أن يقول ليس التمسك بفهم ذلك على إثبات خلاف في هذه المسألة بأولى
 من التمسك به على امتناع القسمة والجزم بامتناع البيع ههنا وكيف ما قدر فالمنع في هذه المسألة أما

عوضا عن النجوم فتثبت الشفعة في ذلك كله خلافا لأبي حنيفة حيث قال لا تثبت الشفعة إلا في
 الشراء وهو رواية عن أحمد لنا قياس ما عداه عليه بجامع أنه مملوك بعقد معاوضة ولو أقرضه شقضا
 قال في التهمة القرض صحيح وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض وإنما تثبت الشفعة في الجمالة بعد
 العمل فإن الملك حينئذ يحصل للعامل ثم في الفصل فرعان (أحدهما) لو بذل المكاتب شقضا عوضا

أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به وإذا نظرت الى كلام الرافعي بمجرد ما قاله فيما اذا
جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز وما حكاه عن أبي الطيب أن تخرجها على ذلك هو
الصحيح وفي ذهنيك أن قسمة المائلات افراز توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز في هذه
المسألة وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لانه لا تجوز قسمته خرسا جزما والثمار غير الرطب والعنب
كذلك والرطب والعنب يجري فيهما الخرص وفي قسمتهما خرسا خلاف المنقول عن نصه في الصرف
الجواز وذكر الرافعي أنه الاصح تفريعا على أن القسمة افراز لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الاظهر
أنها بيع فيكون الاظهر امتناع البيع في ذلك والعجب من القاضي أبي الطيب كيف صرح هنا ببيع الزرع
على قسمته مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرسا وإنما يتأتى ذلك
عند من يرى أنه تجوز قسمته خرسا ولا أعلم أحدا صرح بذلك إلا أن لنا وجهاً ضعيفاً أن الخرص
يجري في غير الرطب والعنب فيجىء على مقتضاه خلاف في قسمة ذلك خرسا قال ابن الرفعة (فان
قلت) الاصحاب قالوا في كتاب المساقاة إن بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح وان لم تجز
القسمة (قلت) صحيح لان التبقية تجب على البائع وهي تستلزم تبقية الباقي اذا لم تجز القسمة بالخرص
وليس فيها تغيير عين المبيع والله أعلم *

(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح وكانت الثمار تابعة قاله
الرافعي وغيره وكذا إذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة قاله الخوارزمي فلو شرط القطع في ذلك احتمل
أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل الأصل واحتمل أن يكون أولى بالفساد لأجل امتناع
القسمة ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمره أو الزرع لآخر فباع نصف الثمرة من مالك النخل
أو نصف الزرع من مالك الأرض فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع لو باع الثمرة كلها
من صاحب الأصل قاله القاضي حسين في الزرع والرافعي في الثمرة وقد تقدم الخلاف في الاصح من
الوجهين وان الاصح الاشتراط فيجىء عليه أن الاصح هنا عدم الصحة ولو كانت الثمار والاشجار أو
الزرع والأرض مشتركة بين رجلين فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح
وقال الخوارزمي ان اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يحز لا مطلقاً
ولا بشرط القطع على الاصح فاشعر بخلاف ولعله الذي تقدم الكلام فيه في بيع نصف

عن بعض النجوم ثم عجز ورق في بطلان الشفعة وجهان ينظر في أحدهما الى أنه كان عوضاً ولا
وفي الثاني خروجه أجراء عن العوضية وهذا أظهر والخلاف شبيه بما ذكرنا فيما إذا كان الثمن عينا وتلف
قبل القبض (الثاني) لو قال لمستولدانه ان خدمت اولادى شهرا فلك هذا الشقة فخدمتهم استحققت
الشقص وفي ثبوت الشفعة فيه وجهان (أحدهما) تثبت لانها ملكته بالخدمة فكان كملكه بالاجارة

الثمرة والزرع مشاعا على قولنا القسمة افراز ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الارض فإن باعه مطلقاً لم يجوز وان كان بشرط القطع صح لان جملة الثمار أو الزرع تصير للمشتري وجملة الشجر أو الارض تصير للآخر وعلى المشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل لانه انزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط والتزم تفريغ الاشجار والارض لصاحبه وبيع الشجرة أو الارض على أن يفرغها للمشتري جائز قاله القاضي حسين في الزرع والرافعي في الثمار وكذلك القاضي أبو الطيب في شرح الفروع * ولو كانت الاشجار أو الارض لواحد والثمره أو الزرع لاثنتين فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة أو اشترى صاحب الارض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الارض بشرط القطع صح قاله الرافعي وان كان بغير شرط القطع ففيه وجهان مبدئان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضي حسين فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الارض فيشترط شرط القطع قولاً واحداً وقال الخوارزمي في الكل لو كن الزرع لهما والارض لاحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لامطلقاً ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ولو كانت الارض لاثنتين والزرع لواحد عكس ما تقدم فإن باع الزرع من أجنبي فالحكم واضح وان باعه من مالك الارض فيخرج على الوجهين وان باع الكل من أحدهما لم يصح وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين إن قلنا لا يحتاج إلى شرط القطع جاز والا فلا قاله القاضي حسين ولو كان الزرع لواحد والارض لآخر فباع الزرع بالارض فقد تقدم ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الارض بنصف ارضه قال في التتمة فان قلنا انه إذا باع الزرع من مالك الارض بشرط القطع فالعقد صحيح ويشترط القطع في الكل لان كل الزرع مبيع (وان قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل لان شرط القطع في النصف مبطل للعقد لان الارض ملكه ولا يمكن افراز النصف بشرط القطع فيه لان النصف لا يعرف إلا بالقسمة ولو اشترى جميع الارض بنصف الزرع فيها فالعقد باطل قاله في التتمة واطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعاً يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الارض قال في التتمة لا يجوز لان النصف الذي هو مبيع مع الارض لا يجوز شرط القطع فيه والنصف الذي هو مبيع دون

وسائر المعاوضات (وأظهرهما) المنع لأنها معتبرة من الثلاث كسائر الوصايا وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية (وقوله) في الكتاب علي ملك حصل بهبة اعلم لفظ الهبة - بالميم - لأنه روي في الوسيط عن مالك انه يأخذ الموهوب بالقيمة وهذه إحدى الروايتين عنه فيما ذكره في الشامل وقوله أو رجع بأقالة معلم بالواو - ولما ذكرنا ويجوز أن يعلم - بالحاء - لان صاحب الشامل حكى عن أبي حنيفة ثبوت الشفعة فيه وكذا

الارض لا بد من شرط القطع وشرط القطع في النصف لا يمكن والله أعلم * ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم في موضعه *

﴿ فرع ﴾ رأيت في المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الارض جاز فان باعه مع بعض الارض أو دون الارض لم يجز ولم يتضح لي ذلك ولعله غلط في النسخة *
﴿ فرع ﴾ في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف سياقي ان شاء الله تعالى في موضعه
أن يسر الله ذلك *

﴿ فرع ﴾ قال أحمد بن بشر عن نضه ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها *

﴿ فرع ﴾ البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الارض فيستغني عن شرط القطع وتكون الارض كالشجرة (والحالة الثانية) ان يفرد أصول البطيخ بالبيع قال العراقيون والامام وغيرهم يجوز ولا حاجة الى شرط القطع اذ لم يخف الاختلاط ثم الحمل الموجود يبقى للبائع وما يحدث يكون للمشتري قال ابن الرفعة ولم يخرجوه على ما إذا طلعت النخلة بعد البيع وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لاجل أن ذلك يعد حملا واحدا وهذه بطون وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع فان شرط فلم يتفق حتي وقع الاختلاط فطريقان سند كرها في نظيره ان شاء الله تعالى ولو باع الاصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الاخضر فاذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري قال ابن الرفعة وفي صحة البيع نظر لان مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود (الحالة الثالثة) ان يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الارض فالذي قاله القاضي ابو الطيب وغيره من العراقيين الصحة وقال الامام والغزالي والمتولي لا بد من شرط القطع لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة وذكر ابن الرفعة ان هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال قضية ما نقلناه في بيع الاصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط انه لا حاجة لشرط القطع فليعلم قول المصنف - بالواو - وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين اما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما والاول أقرب الى كلام العراقيين (والثاني) مقتضى

في الرد بلعيب اذا جرى بالتراضي (وقوله) تثبت الشفعة فيما جعل اجرة معل - بالحاء - ويجوز أن يعلم - بالواو - لأن في أمالي أبي الفرج السرخسي أن صاحب التخليص قال إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالاسم ولا بالقرض فلا شفعة فيه لانه تمذر أخذه بما ملك به الممتلك وهو غريب (وقوله) أو صلاح عن دم عمد ربما يبحث فيه عن سبب التيقيد بالعمدية واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم الى

كلام القاضي حسين والفوراني والامام يلزمه الفرق بين بيع الاصول وحدها وبيع الاصول مع البطيخ حيث قال بالصحة في الاول ومنع في الثاني وكيف ما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في الموضعين وفي كلام الشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك (الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله فإن كان قبل بدو الصلاح لم يصح وإن كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر إن كان يخاف خروج غيره فلا بد من شرط القطع فإن شرط فلم يقطع ففي الأنساق للبيع قولان يأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى * وقال ابن الرفعة قد يقال إن ذلك ظاهر على قولنا إن الاختلاط إذا حصل يبطل البيع أما إذا قلنا لا يبطل فيصح ههنا والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير إليها الخبر ولا كذلك ههنا وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع والبادنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وإن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقاً للخبر ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقاً كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجذاذ للخبر ولأن اطلاق البيع يقتضي التبقية إلى أن الجذاذ فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز) *

(الشرح) القسم الرابع من الاقسام المتقدمة وإن شئت قلت الثاني أن يبيع الثمار بعد

ملا يوجب القصاص وانقول في صحة الصلح عن موجبها ما ذكرنا في كتاب الصلح وإلى ما يوجب الصلح ههنا مبنى على الخلاف في أن موجب العمد ماذا فإذا تأملت القسمين وجدت صحة الصلح عما يوجب القصاص أظهر وأعم فيمكن أن يكون ذلك سبب التقييد بالعمدية التي هي مناط القصاص (وقوله) ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نجومه أشار به إلى أن نفس الشقص لا يمكن الكتابة عليه لأنه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوضات والمعين لا يملكه العبد وهذا هو المراد بقوله قبله أو عوضاً عن كتابة *

قال (ولو اشترى الوصي للطفل وهو شريك أخذ (و) بالشفعة لنفسه * ولو باع شقص الطفل لم يأخذه (و) لأنه متهم كما لو باع من نفسه * والأب يأخذ فانه غير متهم * ولذلك يبيع من نفسه * ولو كان له في الدار شركة أخرى قديمة فيترك (و) عليه ما يخصه لو كان المشتري غيره) *

فيه مسألتان (الأولى) إذا باع الوصي أو القيم شقصاً للطفل وهو شريك فيه فأصح الوجهين وبه قال ابن الحداد وهو المذكور في الكتاب أنه ليس له أخذه بالشفعة لأنه لو تمكن منه لم يؤمن أن

بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا وقسمه الاصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبعية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لاحكام تترتب على ذلك (الحالة الاولى) ان يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ومن ادعى الاجماع فيه الماوردي ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الاحاديث المتقدمة المتضمنه النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فان مفهوم الغاية يقتضي جواز بيعها عند بدو الصلاح عند القائلين بالمفهوم واما زوال الحالة المقتضية للتحريم فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم وهذا لا بد من الاعتضاد به فان في التمسك بالمفهوم في الاحوال الثلاثة بحثا من جهة ان المفهوم له عموم أولا قال شارح البرهان في أصول الفقه ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم وان استند الى ان ذلك من جهة اللفظ عم وعزى الاول الى الشافعي لكننا قدمنا عن الشافعي ما يقتضي خلاف ذلك فان صح ما قدمناه عن الشافعي اتجه استدلال المصنف على مذهبه في الخبر في الحالتين ولا احتياج الى الاعتضاد بالاصل المذكور والقياس الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح وقد تقدم الكلام في البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح والله أعلم * وفي هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ولو تراضيا على الترك جاز وكذلك يأتي ههنا بطريق أولى قال الامام ولا شك ان هذا يعني جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس وابتياع البناء كذلك (الحالة الثانية) ان يبيعها مطلقا فيجوز أيضا بخلاف للخبر وقد تقدم ما في ذلك والقياس الذي ذكره المصنف قال الشافعي رضى الله عنه

يترك النظر والاستقصاء للصبي ويتسامح في البيع لياخذ بالشفعة بالثمن البخس وهذا كما أنه لا يتمكن من بيع ماله من نفسه (والثاني) عن رواية صاحب التقريب وبه قال أبو الحسين بن القطان أن له الأخذ لأنه حق ثبت له على المشتري بعد تمام العقد وانقطاع ملك الطفل * ولو اشترى شقصا لطفل وهو شريك في العقار (فالمشهور) أنه يأخذ لأنه لا تهمة ههنا إذ لا يزيد في الثمن لياخذ به وتقل في الشامل وجها آخر لأن في الشراء أو الأخذ تعليق عهدة بالصبي من غير منفعة له وللاب والجد الأخذ بالشفعة اذا كانا شريكين سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهم ولهذا كان لما بيع ممل الطفل من أنفسهما * ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار فباع نصيب أحدهما من رجل فله أخذه بالشفعة للثاني لأن الأول قد يحتاج الى البيع والثاني الى الأخذ * ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه ففي الشفعة وجهان أيضا لكن الشيخ أبا علي قال ان الأكثرين ههنا على أنه يأخذ لان الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان عثر على تقصير من الوكيل والصبي عاجز عن ذلك فيصان حقه عن الضياع * ولو وكل انسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر فله الأخذ بخلاف *

والأصحاب وفي هذه الحالة للمشتري تركها الى أوان الجذاذ وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضي القطع واطلاقه عندنا يقتضي التبقية بالعرف وبقوله عليه السلام في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح «أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» قال القاضي أبو الطيب هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ لأنه لووجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف وقال الحنفية أن هذا كمن قال بعثك هذا بالف ولم يتعرض لدراهم ولا لدرنانير وكانت قيمته في العرف الف درهم فالعرف يقتضي أن العاقد لا يشتريه بالف دينار ومع ذلك العقد باطل واجاب أصحابنا بأن في العرف من أطلق الالف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للبقاء وطمع في الابقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه (الحالة الثالثة) ان يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يصح تمسكا بان ذلك يناقض مقتضى هذا العقد الخاص بالتبقية وعن الثاني بما اذا اشترى داراً وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه وقد تقدم ما في ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية وان اعترف به بهض المنكرين للمفهوم والتمسك بالقياس مبني على اقتضاء العرف لذلك والله عز وجل أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها ومراده بذلك ان المنع الذي كان

وقال أبو حنيفة في الوكيل والوصي معا تثبت الشفعة في الشراء ولا تثبت في البيع * ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه أو أذن له في بيع نصيبه أو بهض نصيبه مع نصيب الموكل ان شاء فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقة واحدة فله موكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل فيه وجهان (المسألة الثانية) إذا كان المشتري في الدار شركة قديمة بأن كان بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين فأصح الوجهين وهو المذكور في الكتاب وبه قال أبو حنيفة والمزني ان المشتري والشريك الآخر يشتركان في المبيع لاستوائهما في الشركة كما لو كان المشتري غيره * وعن ابن سريج أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة ولا حق فيه للمشتري لان الشفعة تستحق على المشتري ولا يجوز أن يستحقها المشتري على نفسه فعلي هذا الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع وعلى الأصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك فان قال خذ الكل أو اترك الكل وقد تركت أنا حتى لم تلزمه الاجابة ولم يصح اسقاط المشتري الشفعة لان ملكه مستقر على النصف بالشراء فاشبه ما اذا كان للشخص شفعان حاضر وغائب فاخذ الجميع الحاضر ثم عاد الغائب له أن يأخذ نصفه وليس للحاضر

قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لانه مشاهد في سنبله وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكثيرى أو زرع بارز حبه في غير كام كالشعير والذرة وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته في بقائه فيها كالرمان والبادنجان والارز علي خلاف فيه وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس أو قشرتان ما كالفستق والبندق والجوز واما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب مانهى عنه من بيع الفرر فلا حاجة الى اعادة شرحه والله أعلم. وما اشترت اليه من المعنى بقولي ان المنع الاول ارتفع ببدا الصلاح جواب على تمسك الخصم بالمفهوم وان قلنا ان له عمومافانه يقتضى ارتفاع ذلك النهى اما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا كقوله «ألا لتوطأ حامل حتى تضع» فهى اذا وضعت يرتفع النهى الذى لاجل النسب ويبقى النهى لأجل الاذى حتى تغتسل *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى حسين بيع الزرع وحده ان كان بذراً لم يصح علي الصحيح وقصيلا جاز بشرط القطع أو بعد الاشتداد بارزا كان كلشعير والجاروش والدخن او متسنبلا في كام فقولا بيع الغائب فان باع الأرض مع الزرع فان كان أخضر صح فيها أو مشتد الحببات بارزاً فكذلك أو مستتراً فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد بطل ههنا فيه وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة وان صحنا فيه مفرداً ولاكن ثبت خيار الرؤية فههنا قولاً الجمع بين مختلفى الحكم *

﴿ فرع ﴾ قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز في قشره الاسفل وقد صرح

أن يقول له اترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حتى ولا نظر الى تبعض الصفقة عليه فانه يلزمه دخوله في هذا العقد * وعن رواية الشيخ أبى على وجه أنه اذا ترك المشتري حقه وجب على الآخر أخذ الكل أو ترك الكل كما إذا باع من أجنبي وله شفيعان فترك أحدهما حقه يأخذ الآخر الكل أو يترك إلا أن هذا الترك سابق على اختيار التملك ههنا وفيما نحن فيه اختيار التملك بالشراء فلم يؤثر الاعراض بعده * ولو كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصف نصيبه من ثالث ثم باع النصف الثانى من ذلك الثالث فعلى الاصح حكمه حكم مالو باع النصف الثانى من أجنبي وهو المذكور في الباب الثانى وعلي ما ذكره ابن سريج لاشفعة للمشتري فلاشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر * وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله في الكتاب أخذ بالشفعة لنفسه - بالواو - وكذا (قوله) لم يأخذ فانه متهم وكذا (قوله) فيترك عليه ما يخصه *

قال ﴿ولو باع المريض شقفاً يساوى الفين بالف من أجنبي والوارث شريك فلا يأخذ بالشفعة لأنه يصل اليه المحابة * وقيل يأخذ لأن المحابة معه ليست من المريض * وقيل لا يصح البيع لتناقض الاثبات والنفي جميعاً * وقيل يأخذ الوارث بقدر قيمة الألف والبلقى يبقى للمشتري مجاناً *﴾

المأوردى بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة قال ابن الرفعة ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى إلى أوان قطعه •

﴿ فرع ﴾ السكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة يظهر جواز بيعه لأن ما يغزل منه ظاهر مرئي والشاش في باطنه كالنوى في التمر ونحوه لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ البقل إذا بيع مع الاصول قال الغزالي لا يشترط القطع فانه لا يتعرض لدهاءه وقال صاحب التهذيب لا يجوز بيع الثقت والبقول في الارض دون الارض إلا بشرط القلع أو القطع سواء كان مما يجذ مراراً أولاً لا يجذ الا مرة واحدة غير أنه إذا باع مما يجذ مراراً بشرط القطع لا يجوز قلعه لانه لم يملك الاصل وما لم يجذ إلا مرة واحدة يجوز وقال القاضي حسين إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ويؤمر بالقلع ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ويكون بيع الغائب ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الاشجار وما ظهر لا يدخل ويؤمر بالبائع بجذ في الحال وكذلك الفص الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال انه لا يجوز بيعه بأصوله إلا بدون شرط القطع وبين البطيخ حيث قال انه لا يجوز بيعه مع أصوله إلا بشرط القطع أن مظهر من أصول البطيخ هو الذي تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ولهذا إذا قطع الظاهر لم يخلف وإذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما

إذا باع في مرض موته شقصاً وحاجي فلا يخلو إما أن يكون المشتري والشفيع أجنبيين أو وارثين أو المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً أو بالعكس والمذكور في الكتاب هو القسم الرابع ونحن نذكر أربعتها (الأول) أن يكونا أجنبيين فإن احتمل الثلث المحابات صح البيع وأخذ الشقص بالشفعة ولا إشكال وإن لم يحتمله كما إذا باع شقصاً يساوي الفين بألف ولا مال له غيره نظر إن رده الورثة بطل البيع في بعض المحابة وفي صحته في الثاني طريقان (أحدهما) التخرج على الخلاف في تفريق الصفقة (والثاني) القطع بالصفة (وإذا قلنا) بالصفة ففيما يصح فيه البيع قولان (أحدهما) أنه يصح في قدر الثلث والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن (والثاني) أنه لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثمن وقد وجهنا كل واحد من الطريقتين والقولين وتكلمنا فيما هو الأظهر في تفريق الصفقة (فإن قلنا) بالقول الأول صح البيع في الصورة المفروضة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن (وإن قلنا) بالثاني دارت المسألة وحسابها أن يقال صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة فإن أنصف شيء وذلك يعدل مثلي المحابة وهو نصف شيء فتلاها شيء فيجبر ويقابل فيكون

ظهر من أصوله كتعريضها لنفس البطيخ ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ فلذلك استويا في الحكم ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه فانه الذي في الارض ولا يخشى عليه تلك الآفات التي تخشى على أصول البطيخ والله أعلم * وان بيع البقل دون الاصول قال الغزالي يدل على القطع يعني لان العرف يقتضيه ولا يحتاج إلى شرط القطع بخلاف الزرع الاخضر فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب قال ابن الرفعة والاشبه أنه إن لم ينته إلى الحالة التي يحذف فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع وان انتهى جاز وعليه يحمل كلام الغزالي وظاهر نصه في الام يدل على ذلك *

﴿ فرع ﴾ فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الاصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت فان كانت الثمرة ظاهرة او كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه جاز لانه مبيع مشاهد وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرايح في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والبول والخص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والأرض (وان قلنا) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبني على القولين في تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجميع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض وللمشتري الخيار بين أن يمسك الاصل بجميع الثمن وبين أن يردده ويأخذ مادفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي *

الفان معادلين لشيء ونصف والشيء من شيء ونصف ثلثاه فعلمنا أن البيع صحيح في ثلثي الشقص قيمته الف وثلثمائة وثلث وثلثون وثلث مثلثي الثمن وهو نصف هذا المبلغ فتكون المحاباة ستمائة وستة وستون وثلثي يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما الف وثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث وذلك ضعف المحاباة وعلى القولين جميعاً للمشتري الخيار لأن جميع المبيع لم يسلم له فان أجاز أخذ الشفع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول وثلثيه بثلثي الثمن على الثاني ولو أراد أن يفسخ وجاء الشفع فمن الجاب منهما فيه الخلاف المذكور في الرد بالعيب وكذلك لو فسخ قبل طلب الشفع تبطل الشفعة أم للشفع رد الفسخ فيه ماسبق من الخلاف وان أجاز الورثة صح البيع في الكل ثم إن قلنا إن إجازتهم كما فعله المورث أخذ الشفع الكل بكل الثمن (وان قلنا) انها ابتداء عطية منهم لم يأخذ الشفع القدر النافذ باجازتهم وأخذ القدر المستغني عن اجازتهم وفيه القولان المذكوران عند الرد (القسم الثاني والثالث) أن يكونا وارثين أو المشتري وارثاً فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث

﴿ فرع ﴾ في مذاهب العلماء وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح وقال أبو حنيفة لا يجوز واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فاشبهه اشتراط ترك القماس في الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر ولا أجرة لها بخلاف الدار • قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿ وبدو الصلاح ﴾ في الثمار أن يطيب أكلها فإن كان رطباً بان يحمر أو يصفر وإن كان عنباً أسود بان يتموه وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو وإن كان زرعاً بان يشتد وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج وإن كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهى» «وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم» •

﴿ الشرح ﴾ أما حديث أنس فروى البخاري منه أن النهي عن بيع الثمرة حتى تزهى وفي رواية ثمر النخل وروى الترمذي منه النهي عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد وقال حسن غريب لا يعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة وزوي البيهقي الجميع كما ذكر المصنف لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخاري ومسلم رحمهما الله ولفظهما عن بيع الثمرة حتى تطيب وعندهما في رواية أخرى واللفظ للبخاري رضي الله عنه «أن تباع الثمرة حتى تشقح فقليل وما تشقح قال تجمار وتصفار ويؤكل منها» وعند مسلم في رواية «وعن بيع الثمرة حتى تطعم» كما ذكرها المصنف فإذا أردت عز وحديث جابر الذي في الكتاب على الإطلاق قل رواية مسلم وقوله يتموه قال ابن أبي

وهي مردودة فإن لم تفرق الصفقة بطل البيع في الكل وإن فرقناها (فإن قلنا) هناك يصح في ثلثيه بثلثي الثمن فهنا يبطل البيع في الكل هكذا ذكره القفال وغيره وعلاء في التهذيب بأن البيع لا يبطل في شيء إلا ويسقط بقدره من الثمن فما من جزء يصح فيه البيع إلا ويكون بعضه محاباة وهي مردودة ولك هنا كلامان (أحدهما) أن المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة والمحاباة في جميع الشقص وذلك لا يمنع تخصيص قدر المحاباة بالابطال ألا ترى أنه لم يمنع في القسم الأول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من المحاباة والابطال (والثاني) أن الوصية للوارث موقوفة على اجازة باقي الورثة على رأى كما أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة على رأى فليفرق ههنا بين الاجازة والرد كما في القسم الأول (والرابع) أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري فإذا احتمل الثلث المحاباة أو لم يحتمل وصححنا البيع في بعض المحاباة في القسم الأول ومكنا الشفيع من أخذه فهنا وجوه (أحدها) أنه يصح البيع كذلك ولا يأخذه الوارث بالشفعة لأن محاباة البائع مع المشتري وهو أجنبي عنه والشفيع يتملك على المشتري ولا محاباة معه من المريض (والثالث) أنه لا يصح

عصرون يدور فيها الماء الحلو ويصفو لونها وقوله يشتد أى يصلب ويقوى وقد تقدم ذلك وقوله حتى يطعم - بضم الياء وكسر العين - ويقال - بفتح العين - وضبطه ابن البدرى انه - بفتح التاء والعين - أيضا وهى خطأ قال معناه حتى تصير طعاما وقيل تبلغ حين تطعم وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ «نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض» ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم انه نهى عن بيع الحب حتى يشتد لان وقت اشتداده وقت مبادى بياضه (اما الاحكام فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح فروى عن ابن عمر أن بدو الصلاح فى الثمر بطولع الثريا وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه وحكى عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح ان يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير قال ابن المنذر وروى بذلك عن ابن عمر وابن عباس وروى عن النخعي أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها وعندى ان ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى وكان ابن عمر لما أطلق طلوع الثريا لأنه أو ان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت فتباين الالفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغي ان يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ومذهبنا أن بدو الصلاح يرجع الى تغير صفة فى الثمرة وذلك يختلف باختلاف الاجناس وهو على اختلافه راجع الى شىء واحد مشترك بينهما وهو طيب الاكل وفى ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاشتداد فى الحب والاسوداد فى العنب والزهو فى الثمرة وحديث جابر دل على اعتبار الطعم فى الثمرة وهى تشمل العنب وغيره فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لانه وقت للطعم لالعينه فلذلك

البيع أصلا لانه لو صح لتقابلت فيه أحكام متناقضة لانا إن لم تثبت الشفعة أضررنا بالشفيع وان أثبتناها أوصلنا اليه المحاباة وهذا ما عناه بقوله لتناقض النفي والاثبات جميعاً (الرابع) يصح فى الجميع ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن منه ويبقى الباقي للمشتري مجانا لان المحاباة مع الاجنبى دون الوارث فيجعل كانه باع بعض الشقص منه ووهب بعضه فيأخذ المبيع دون الموهوب (والخامس) أنه لا يصح البيع فى القدر الموازى للثمن لانه لو صح فى الكل فان أخذه الشفيع وصلت اليه المحاباة وان أخذ ما وراء قدر المحاباة كان إلزاماً بجميع الثمن ببعض المبيع وهو على خلاف وضع الشفعة وقد يقال فى العبارة عن هذا الوجه ان ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشتري والا فهو كما لو كان المشتري وارثا فلا تصح المحاباة والاوجه الأربعة الأخيرة تحكى عن ابن سريج وأصح الخمسة عند الأكثرين منهم أبو على صاحب الافساح والعراقيون والاستاذ أبو منصور والامام وصاحب التهذيب إنما هو الثانى والاول عند ابن الصباغ وقضية إيراده فى الكتاب ويحسن أن يرتب فيقال فى صحة البيع وجهان ان صح في الجميع أو فيما وراء قدر المحاباة وجهان ان صح فى الجميع بالشفعة أو ما وراء قدر المحاباة أولا يأخذ شيئاً فيه ثلاثة أوجه *

قال في الحديث حتى تطيب قال الأصحاب ولا يصح ضبطه بطالع الثريا لان من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر أو يتقدم بل البلد الواحد قد يتمجل في عام لاشتداد الحر ودوامه ويتأخر في آخر لاشتداد البرد ودوامه وطاوع الثريا لا يختلف لانها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس قالوا وكذلك اعتباره بالا كل لا يصح لان ثمار النخل تؤكل طلعاً وبلحاً والكرم يؤكل حصرماً وليس ذلك صلاحه ولا يصح اعتباره بالقوة لان قوة الثمرة قبل صلاحها وإذا صليحت لانت ونضجت وقد أشار الشافعي رضي الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح في اجناس الثمار بقوله * والحرير نضج كنضج الرطب فاذا رأى ذلك فيه حل بيع حريره * والقثاء تؤكل صغاراً طيباً فبدو صلاحه ان يتناهى عظمه أو عظم بعضه (واعترض) عليه أبو بكر بن داود بانه اما ان يكون الشافعي رضي الله عنه أراد ان يعلمنا انه يحب القثاء فلا فائدة في ذلك أو ان يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك لانهم يعلمونه ضرورة (وأجاب) الأصحاب بان الشافعي قصد بهذا القول ان يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية وان القثاء بخلاف ذلك لانه في ابتدائه وصفه طعمه كطعمه في حال كبره بخلاف بقية الثمار فانها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ثم تصير حلوة وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدا الصلاح ضابطاً كما فعل المصنف بل جعلوه مختلفاً كما اقتضاه كلام الشافعي قال الماوردي وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون وذلك في النخل بالاحمرار والاصفر وفي الكرم بالحرارة أو السواد أو الصفاء والبياض (وأما) الفواكه المتلونة (فهي) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمس (ومنها)

قال ﴿ ولو تساوى شريكان إلى مجلس الحكم وزعم كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله الشفعة فالتقوا قول كل واحد في عصمة ملكه عن الشفعة * فان تحالفا أو تناكلا تساقطا * وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى لمن حلف * ﴾

ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط في الشفعة فلو كانت في يد رجاءين دار شرياهما بعقدين وادعى كل واحد منهما أن شراؤه كان قبل شراء صاحبه وأنه يستحق الشفعة عليه نظر إن ابتدا أحدهما بالدعوى أو جآمعاً وتنازعا في البداءة فقدم أحدهما بالقرعة وادعى فعلي الآخر الجواب ولا يرضى منه في الجواب بأن يقول بل شرائي أسبق فانه ابتداء دعوى بل إما أن ينفي سبق شراء المدعى أو يقول لا يلزمي تسليم شيء إليك وحينئذ يحلف فان حلف استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول فان حلف استقر ملكه أيضاً وان نكل المدعى عليه أولاً ردت اليمين على المدعى فحلف أخذ مافي يد المدعى عليه وليس للمدعى عليه الناكل بعد ذلك أن يدعى عليه لأنه لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة وان نكل المدعى عن اليمين المردودة سقطت دعواه والمدعى عليه أن يدعى عليه هذا إذا

ما يكون بالبياض كالتفاح (قلت) ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون السابق وجعل القاضي أبو الطيب نوعاً من التفاح يكون أخضر في حال كماله كما يكون في صغره قال فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته وكذلك جعل الشيخ أبو حامد الغنبي الأبيض وما قالاه ظاهر (القسم الثاني) مابدو صلاحه بالطعم فنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ومنه ما يكون بالحوضة كالرمان فاذا زالت المرارة بالحوضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه (القسم الثالث) مابدا صلاحه بالنضج كاذنين والبطيخ فاذا لانت صلاحته بدا صلاحه وهذا معني قول غير الماوردي طيب أو الحلاوة العبارات الثلاث متقاربة فان ذلك يحصل في وقت واحد وقال صاحب النعمة لما تكلم في البطيخ الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ الا في شيء واحد وهو ان بدو الصلاح فيهما ليس ان يكبر ويتناهى لانهما لا يؤكلان في تلك الحالة ولكن ان يصير الى الحد الذي يقصد تناوله في تلك الحالة في العرف والعادة فاذا كان في جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت ابادة بيعه (الرابع) مابدا صلاحه بالقوة والاشتداد كالبر والشعير فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه (الخامس) مابدا صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب فاذا تناهى طوله وامتلاؤه الى الحد الذي يحذ عليه بدا صلاحه هكذا قال الماوردي وسندكر في آخر الكلام فرعا عن الامام في القرط وما في معناه من البقول يخالف ذلك وما قاله الماوردي أولى لما سندكر ونص الشافعي يدل لما قاله الماوردي والماوردي في اجازته بيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمري وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردي في ذلك ان

لم يكن لواحد منهما بينة (أما) إذا أقام أحدهما البينة على السبق دون الآخر قضى له وان أقام كل واحد منهما بينة على سبق شرائه مطلقاً أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يوم الأحد فهما متعارضتان وفي تعارض البينتين قولان (أحدهما) أنهما يتساقطان فكأنه لا بينة لواحد منهما (والثاني) أنهما يستعملان وفي كفيته أقوال (أحدها) القرعة فعلى هذا فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة (والثاني) القسمة ولا فائدة لها ههنا إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيداً (والثالث) الوقف وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال ومنهم من لم يجز قول الوقف ههنا وقال لا معنى للوقف مع كون الدار في يدهما ولو عينت كل واحدة من البينتين وقتاً واحداً فلا تنافي بينهما لاحتمال وقوع العقدين معاً ولا شفعة لواحد منهما لأننا تبينا وقوع العقدين معاً وفيه وجه أنهما يسقطان لأن واحدة منهما لم تنعزض لمقصود مقيمها فكأنه لا بينة •

﴿ الباب الثاني في كيفية الأخذ ﴾

قال ﴿ والنظر في أطراف ثلاثة (الأول) فيما لا يملك به فلا يملك بقوله أخذت وتملكت • ولكن

القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا بل العرف قطعه فاكتفى به كما اكتفى به في التبيقة في
 الثمرة لعدم ^(١) وهذا الاعتذار يقتضى ان القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف في ذلك
 قال وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع واستحق التبيقة في
 الباقي الى أن قطع (السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالنشا والخيار والباذنجان (السابع) ما بدو
 صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل
 بدا صلاحه ومقصود الماوردي من هذا انه اذا تشقق بعضه جاز بيع المشتق منه وغير المشتق اذا
 نظمهما العقد وغيره كما تقدم وليس مراده ان يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع لان ذلك ممتنع
 لانتشاره وانما سبق الكلام في المعنى الأول (الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيونوفر
 فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه وورق التوت بدو صلاحه ان يصير كارجل البط هكذا
 قال عطاء والنخعي وجملة القول في بدو الصلاح ان تنهى الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال كمالها هكذا
 كلام الماوردي الا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب
 التهذيب فانه قال ان بيع أوراق الفرساد قبل تنهايتها لا يجوز الا بشرط القطع وكذلك قال القاضي
 حسين فلذلك رأى الرافعي ان يضبط حالة بدو الصلاح في هذه الاشياء بصيرورتها الى الصفة التي
 تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي وهو أسلم من ضابط
 الماوردي فان الكمال بالمعنى المذكور في باب الربا ليس مراداً ههنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن

(١) يياض بالاصل

يملك بتسليم الثمن وان لم يرض المشتري به • أو بتسليم المشتري الشقص اليه رضا بكون الثمن في ذمته •
 وهل يملك بمجرد رضا المشتري دون التسليم • أو بقضاء القاضي له بالشفعة عند الطلب • أو بمجرد
 الاشهاد على الطلب فيه خلاف • والأظهر أنه لا يملك •

حق الشفعة قد ثبت لواحد وقد ثبت لجماعة وعلى التقديرين فلا شك أن الأخذ بها ضرب
 تملك يعرض الحاجة إلى بيان ما يحصل به الملك وبيان العوض المبذول وبيان الأحكام العارضة باعتبار
 تعدد المستحق فعقد لهذه الأمور أطرافاً (فأما الأول) فلا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ولا
 إحضار الثمن ولا حضور المشتري ورضاه (أما الأول) فلانه ثابت بالنص فيستغني عن حكم الحاكم (وأما)
 الثاني فلانه تملك بعوض فلا يفتقر إلى إحضار العوض كبيع (وأما الثالث) فلما ذكرنا في الرد بالعيب
 وعند أبي حنيفة يعتبر حضور المشتري أو حكم الحاكم ولا يحكم الحاكم إلا إذا حضر الثمن وعن أحمد لو كى
 أن حضور المأخوذ منه أو وكيله شرط ولا بد من جهة الشفع من لفظ كقوله تملك أو اخترت الأخذ
 بالشفعة أو أخذته بالشفعة وما أشبه ذلك والافه من باب المعاطات ولا يكفي أن يقول لي حق الشفعة

من عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالباً نهاية تلك الحالة أو وسطها ولا يعتبر في بدو الصلاح الا
أولها فينبغي أن يزداد هذا اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها فان اللفظ منزل على
ذلك وقد حكى الرويانى عن القاضي أبى حامد أنه قال في جامعہ قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من
كمامه وبه يبدو صلاحه ثم نقل قول عطاء وان نعى المتقدم والله أعلم وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف
وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح اذ ليس فيه ذكر الورق
وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب
ظاهر اللفظ يرد عليه القناء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل) البسر ليست
العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره بل يؤخر الى تناهيه ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر
كما صرح به الحديث ونص الشافعي قال امام الحرمين بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف
قريب من شهرين يعني فلاجل ذلك لا يشترط الغاية المطاوعة في الطيب (فالجواب) ما قاله الامام فانه
أورد ما الذي أوجب الفرق بين القناء والثمار وأجاب بأن لا فرق فان الزهو اذا ابتداء الناس في الاكل
وقد يعقب تأخر المظم الى تمام الادراك كذلك القول في القناء فان الصغار منه تبتدر ولكن عموم
الاكل يتأخر والذي يتناهى صغره لا يؤكل قصداً الا ان يتفق على شذوذ فرجع الحاصل الى طيب
الاكل وابتداء الاعتقاد فيه فعلمة ذلك في المتلونات التلون الى جهة الادراك وفيما لا يتلون القوة وجريان
الحلاوة فإشار الامام الى أن الذي لا يؤكل في العادة أصلاً كالقناء في حال تناهي صغره لم يبد صلاحه والذي

وأنا مطالب بها لان المطالبة رغبة في التملك والملك لا يحصل بالرغبة المجردة هكذا ذكره في التتمة وفي
أما أبى الفرج السرخسى أن الطلب يكفي سبباً لثبوت التملك ولا يقف على قوله تملك وتلك الأول
أظهر وكذلك قالوا يعتبر في التملك أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ولم يشترطوا ذلك في الطالب
وينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولاً ما ذكرناه في بيع المراجعة وفي التتمة إشارة
إلى نحو من هذا ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ بل يعتبر مع ذلك أحد أمور (الأول) أن يسلم العوض
إلى المشتري فيملك به أن يسلمه ولا خلي بينه وبينه أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم
(والثاني) أن يتسلم المشتري الشئ ويرضى بكون الثمن في ذمته نعم لو باع شقاً من دار عليها صفائح
ذهب بالفضة أو بالعكس وجب التقابض ولو رضى بكون الثمن في ذمته ولم يسلم الشقص فوجهان
(أحدهما) أنه لا يحصل الملك وقول المشتري ما لم يتصل به القبض في حكم وعد (وأصحهما) الحصول لأنه
معاوضة والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض (والثالث) أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه
في الشفعة ويختار التملك فيقضى القاضي له بالشفعة وفيه وجهان (أحدهما) أنه لا يحصل الملك ويستمر

يؤكل في العادة بدا صلاحه والاكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداءها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القثاء في صغره وادخال المصنف الزرع في أصناف الثمر يشهد له قول الله تعالى (كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) وكل ما ذكره المصنف واضح مما ذكرته الا قوله ان صلاح العنب الاسود بأن يتموه والذي حكاه فيما تقدم من كلام الماوردي وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ان صلاح العنب الاسود باسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد والله أعلم * وقول المصنف رحمه الله تعالى في القثاء حيث يؤخذ ويؤكل تنبيه علي ان امكان الاكل موجود فيه من قبل ولا يمكنه لا يؤخذ للاكل في العادة وفي معنى القثاء الخيار والبادنجان كما صرح به الروياني قال وفي الرمان بالحوض أو الخلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار *

(فرع) اذا باع اوراق الفرضاد مع الاغصان فان بلغ نهايته جاز من غير شرط ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك والا بان يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز مالم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة وكذلك اذا باع الاوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ولكن لا تقطع الأغصان معها قال ذلك القاضي حسين *

(فرع) قال الشافعي والاصحاب اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع مالم يخلق منه تبعا لما خلق ووجب افراد العقد بالموجود وقال مالك يجوز بيع مالم يخلق تبعا لما خلق لان

ملك المشتري إلى أن يصل اليه عوضه أو يرضى بتأخير (وأصحها) الحصول لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري كأن العقد عقد له إلا أن يتخير بين الأخذ والترك فاذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء وجب أن يحكم له بالملك (والرابع) أن يشهد عدلين على الطلب فان لم تثبت الملك بحكم القاضي فهنا أولى وان أثبتناه فوجهان لقوة قضاء القاضي (وقوله) في الكتاب والأظهر أنه لا يملك بمقتضى ترجيح الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والشهادة وفيما إذا رضى المشتري أن يكون الثمن في ذمة الشفيع وان لم يستلم الشقص لكن جواب الأكثرين في هذه الصورة وفي صورة قضاء القاضي بالشفعة أنه يثبت الملك واذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الاول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن وان سلمه المشتري قبل أداء الثمن ولا يلزمه أن يؤخر حقه وان أخر البائع حقه واذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فان انقضت ولم يحضره فسخ القاضي تملكه هكذا حكى عن ابن سريج وساعده المعظم وفيه وجه آخر أنه إذا قصر في الاداء بطل حقه وان لم يؤخذ رفع إلى الحاكم وفسخ به *

الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا وهي دعوى ممنوعة قال بعض الاصحاب
وطريق تحصيل ذلك ان يشتري هذا الشجر مع ثمرته وبدونها بشرط القطع ويستأجر منه الارض
سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع *

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ولا يجوز ان يستثنى من الثمرة مدا وقسم الاصحاب
الاستثناء في البيع الى أربعة أقسام (الاول) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على
ضربين . مشاع ومحرز والمحرز بعثك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها فهذا جائز
بالاتفاق والمشاع بعثك ثمرة هذه الحائط الاربعها صحيح أيضا ويكون المبيع ثلاثة أو باعها مشاعا وقال
الاوزاعي باطل لانه بيع على شرط الشركة (والقسم الثاني) ان يكون الاستثناء مجهولا والمبيع بعده
مجهولا وهو ضربان . مشاع ومحدد فالمشاع كقوله بعثك هذا الثمرة الا قوت سنتي أو قوت غلاني
باطل اتفاقا وماورد من ذلك على ابن عمر رضي الله عنه محمول على انه كان معلوما والمحدد كبيع الثمرة
الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل وقال مالك رحمه الله تعالى ان كان قدر ثلث الثمرة فما دون
جاز وكان له عشر نخلات وسط (والقسم الثالث) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا كقوله
بعثك هذه الثمرة الاصاع منها فهو باطل وقال مالك جائز (والقسم الرابع) ان يكون الاستثناء مجهولا
والمبيع معلوما كقوله بعثك من هذه الثمرة مائة صاع والباقي لي فان علمنا ان فيها مائة صاع فصاعدا صح
ان امكن كيل الثمرة وبطل ان لم يمكن كيلها ولا يصح الخرص فيها لان البيع بالخرص لا يجوز لانه

قال وهل يلتحق هذا التمليك بالشراء في ثبوت خيار المجلس للشفيع وامتناع التصرف في
الشقص قبل القبض * وامتناع التملك دون رؤية الشقص فيه خلاف من حيث انه يشبه البيع في
كونه معاوضة ويخالفه في انه لا تراضي فيه *

فيه ثلاث صور (احداها) في ثبوت خيار المجلس للشفيع فيه خلاف ذكرناه في البيع (والأظهر)
الثبوت ويحكي ذلك عن نصه في اختلاف العراقيين وعلي هذا فيمتد إلى مفارقة المجلس وهل يقطع
بأن يفارقه المشتري فيه وجهان (وجه) المنع أنه لاحظ له في الخيار فلا اعتبار بمفارقه (الثانية) إذا ملك
الشفيع امتنع تصرف المشتري وان طالبه ولم يثبت الملك بعد لم يمتنع وأبدى الامام فيه احتمالا لتأكد
حقه بالطلب وحكي فيه وجهين في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن (أظهرها)
المنع كتصرف المشتري قبل القبض (ووجه) الثاني كونه قهريا كالارث قال ولو ملك بالاشهاد أو
قضاء القاضي لم ينفذ تصرفه وكذا لو تملك برضى المشتري لكون الثمن عنده والقياس التسوية
(الثالثة) في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان (أظهرها) أنه على قولي بيع الغائب ان منعناه

تحمين وحده وانما يجوز في حق الساكنين لأنه مواساة (قلت) الصحيح في العرايا أنه لا يختص
بالمساكين والله أعلم وإن لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع فلو كملت
من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فسادة قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب
ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسوطا كاستيعابه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها قال الشافعي والأصحاب
يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة فإن قال إلا ما يخص قيمة ألف منها بسعر
اليوم لم يصح لأنه غير معلوم هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة وهو غير ظاهر وقال الماوردي
فيها إن كان الاستثناء بسعر ماباع صح وإن كان بسعر يومه لم يجز ومراده ما قاله أبو الطيب وكلام
أبي الطيب أبين وأحسن *

﴿ فرع ﴾ قال اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز قاله الروياني ولو قال
بعتك قفيزا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز لأنهما معلومان قاله الروياني *

﴿ فرع ﴾ قال بعتك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره
صح البيع وإن جهلاه فسد قاله الماوردي *

﴿ فرع ﴾ باع شاة واستثنى سواقطها قال في الصرف لا يصح وكذا إذا قال إلا رأسها ويديها
ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر أو يكونا حاضرين أو مسافرين وبه قال أبو حنيفة
وقال مالك في حق المسافر يجوز قاله القاضي أبو الطيب *

لم يتملكه قبل الرؤية وليس للمشتري منعه من الرؤية وإن صححناه فله التملك ثم منهم من جعل خيار
الرؤية على الخلاف في خيار المجلس ومنهم من قطع به وقال المانع هناك على رأي بعد اختصاص ذلك
الخيار يأخذ الجانبين (والثاني) المنع سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه ولأن البيع بالتراضي فثبتنا
الخيار فيه وههنا الشفيع يأخذ من غير رضى المشتري فلا يمكن إثبات الخيار فيه نعم لو رضى المشتري
بأن يأخذه الشفيع ويكون الخيار فيكون بالخيار على قولي بيع الغائب ويحكى هذا الطريق عن ابن
سريج وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن واقتباض المبيع حتى يراه
ليكون على ثقة فيه (وقوله) حيث أنه يشبه البيع إلى آخره توجيه لطرفي الخلاف في المسائل الثلاث
والأظهر التحاقه بالشراء وكذلك يرد الشفيع بالعيب ولو أفلس وكان المشتري سلم الشقص إليه راضيا
بذمته يجوز له الاسترداد *

قال ﴿ الطرف الثاني فيما يبذل من الثمن ﴾ وعلى الشفيع بذل مثل ما بذله المشتري إن كان مثليا

﴿ فرع ﴾ باع قطناً واستثنى حبه أو سمماً واستثنى كسبه أو شاة واستثنى جلدها كان البيع في هذا كله باطلاً قاله الماوردي *

﴿ فرع ﴾ بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور في (١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال بعتك الثمرة إلا مقدار الزكاة يصح بشرط أن تذكر قدر الزكاة في البيع أهو العشر أو نصف العشر وقال مالك يكتفى بالعلم به شرعاً عن ذكره ورده أصحابنا فإن أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يحل محل البائع (والثاني) لا لأنه كالوكيل فإن استهلك المشتري الثمرة رطباً ففياً يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تماً على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها فيكون ذلك ضماناً لعشرها تماً (والثاني) يطلب بقيمة عشرها رطباً على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها فعلي هذا أن نقصت قيمة عشرها رطباً عن قيمة عشرها تماً ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين فعلى الأول يرجع وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين قال ذلك الماوردي ولعل ذلك مفروض فيما إذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة وكذلك قاله الروياني نقلاً عن الماوردي *

(١) بياض بالأصل

﴿ فرع ﴾ الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايداً أبداً لا وقوف له فإذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع ولا ينظر في هذا القسم إلى ما يقع في زمن العاهات دون

أو قيمة (و) يوم العقد إن كان من ذوات القيم * فيبذل في المهور وما عليه الخلع قيمة (وم) البضع * وفي عوض الكتاب قيمة النجوم (وم) * وفي عوض المتعة قيمة المتعة (وم) وفي الصلح عن الدم قيمة الدم (وم) *

المقصود الآن بيان ما يأخذ به الشفيع والمأخوذ أنواع (منها) المبيع فإن بيع بمثل كالنقدين والحبوب يأخذه بمثله ثم إن قدر بمعيار الشرع أخذه به وإن قدر بغيره كما لو باع بمائة من من الحنطة فبأخذه بمثله وزناً أم يكال ذلك المبلغ ويأخذ به كيلاً فيه اختلاف ذكرناه في القرض ولو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ عدل إلى القيمة كما في الغصب ولو بيع بمقوم من عبد وثوب ونحوها أخذه بقيمة ذلك المتقوم والاعتبار بقيمة يوم البيع لأنه يوم إثبات العوض واستحقاق الشفعة وقال ابن سريج تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع الخيار وهذا ما أورده صاحب التهذيب وجماعة وعن مالك أن الاعتبار بقيمة يوم المحاكمة لنا أن الثمن صار ملكاً للبائع فلا تعتبر زيادته في حق المشتري ولو جعل الشقص رأس مال سلم أخذه الشفيع بمثل

ولا إلى طيب الأكل لأجل الاختلاط قاله الامام وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام انها لا تزال
تزايدت يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال كما سيأتي في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها •
(فرع) إذا اشترى الزرع الذي لا يخلف إما بعد بدو الصلاح وإما قبله شرط القطع وقد
ضمنت تبقيته إما بعد بدو الصلاح وإما قبله باتفاقها فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق
كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع الخلف قاله الامام والزرع الذي لا يخلف لو
قطع يملك المشتري ظاهره وعروقه المستترة بالأرض قاله الامام (قلت) فيجىء على ذلك أنه إذا حصد
وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم
مثله إذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضاً وسنذكر
في مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى •
* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله في ذلك الحائط لانا لو قلنا لا يجوز

المسلم فيه ان كان مثلياً أو بقيمته ان كان متقوماً ولا فرق بين ان يكون دين اتلاف أو دين معاملة (ومنها)
الشقص المهور يؤخذ بمهر مثل المرأة لأن البضع متقوم بقيمته مهر المثل وكذا اذا خالعه على شقص
والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم جريان البيونة هذا هو المشهور وفي التتمة عن بعض الاصحاب
أنه خرج وجهاً أنه يأخذ بقيمته يوم القبض وأصله ان المرأة اذا وجدت بالصداق عيباً وردته ترجع
بقيمته على أحد القولين واذا كان المستحق عند الرد بالعيب بدل المسمى كذلك عند الأخذ بالشفعة
وهذا مذهب مالك • ولومتع المطلقة بشقص أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لان المتعة هي التي وجبت
بالطلاق والشقص عوض عنها (ومنها) لو اخذ من المكاتب شقصاً عوضاً عن النجوم أخذه الشفيع بمثل
النجوم أو قيمتها لان النجوم هي التي قابلته (ومنها) الشقص الذي جعل أجرة الدار يؤخذ بقيمة المنفعة
وهي أجرة مثل الدار (ومنها) اذا صالح عليه عن الدم أخذه الشفيع بقيمة الدم وهي الدية ويقود منه
الجريح ويذهب ملكه (ومنها) ما لب التمر لو استقرض شقصاً أخذه الشفيع بمثل قيمته وان قلنا ان
المستقرض يرد المثل لان الفرض مبني على الارفاق والشفعة ملحقة بالاتلاف والمواضع المحتاجة الى
الرقوم من لفظ الكتاب لا تخفى بعد ما ذكرناه •

قال (وان باع بألف إلى سنة • فان شاء عجل في الحال الألف واخذ • وان شاء نبه على
الطلب (و) وآخر التسليم إلى مضي السنة • وروى حرمة قولاً أنه يأخذ (ح) بثمان • ووجله عليه كما
أخذه المشتري • وحكي ابن سريج أنه يأخذ بعوض يساوي ألفاً إلى سنة •

الافيا بدا صلاحه فيه أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح
 من جنس آخر ولا مالم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر لان المنع من ذلك لا يؤدي
 الى الضرر بسوء المشاركة فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط قباع منه مالم يبد فيه الصلاح
 مفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز افراذه
 بالبيع (والثاني) لا يجوز لانه انما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعاً لما بدا فيه الصلاح وما أجز بيعه
 تبعاً لغيره لم يجز افراذه بالبيع كالحمل •

(الشرح) في هذه الجملة ثلاث مسائل (أحدها) قال الشافعي رضي الله عنه والأصحاب اذا بدا
 الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها وذلك ان الله تعالى أجرى العادة بان الثمار لا تطيب دفعة واحدة
 رفقا بالعباد فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وانما تطيب شيئاً فشيئاً ولو اشترط في كل
 ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض وإلى ان الاخير
 يتساقط الاول فكان يؤدي الى أنه اما ان لا يباع واما أن يباع حبة حبة وفي كلا الامرين حرج ومشقة
 وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال ﷺ « بعثت بالحنيفية السمجة » وذكر

إذا كان الثمن حالا بذله الشفيع في الحال فاما إذا باع بألف إلى سنة مثلاً ففيه ثلاثة أقوال
 (أحدها) وبه قال أبو حنيفة ان الشفيع بالخيار بين أن يعجل الألف ويأخذ الشقص في الحال وبين
 أن يصبر إلى أن يحل الأجل فيؤخذ الألف ويأخذ الشقص وليس له أن يأخذ بألف مؤجل
 لأن الدم لا تماثل فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع وان رضى البائع بذمة المشتري ولا يمكن إلزامه
 الأخذ بألف حال لما فيه من الاجحاف (والثاني) أن له أخذ الشقص بألف مؤجل كما أخذه المشتري تنزيلاً
 للشفيع منزلة المشتري كما ينزل منزلته في قدر الثمن وسائر صفاته (والثالث) أنه يأخذ بعرض يساوي
 الألف إلى سنة كيلاً يتأخر الأخذ ولا يتضرر الشفيع ولا المشتري . ولنتكلم في حال هذه الأقوال
 وتقرعها (أما) حالها (فالأول) منصوص عليه في الجديد (والثاني) نسبة الامام وصاحب الكتاب إلى
 رواية حرملة وسكت الأكترون عن ذلك ورووه عن القديم (وأما الثالث) فعامة الأصحاب ذكروا
 أن ابن سريج نقله عن الشافعي رضي الله عنه من كتاب الشروط والمفهوم من إرادته أنه نص عليه
 فيه وقال الشيخ أبو حلي ان ابن سريج خرجه من قول الشافعي من كتاب الشروط أنه يجوز بيع
 الدين فقال يقوم الدين المؤجل بعرض ويأخذه الشفيع به •

(التفريع) فان قلنا بالجديد لم يبطل حقه بالتأخير لأنه تأخير بعذر ولا يكن هل يجب عليه
 تنبيه المشتري على الطلب فيه وجهان (أحدهما) لا إذ لا فائدة فيه (والثاني) نعم لأنه ميسور إن كان

الشافعي رضي الله عنه في الام عن عطاء في الحائط تكون فيه النخلة فتزهي والحائط باع قال حسبه
اذا اكل منها فابيع ولا أعلم من العلماء خلافا في ان لا يشترط المدل في جميع المبيع وإنما اختلفوا في مقدار ما
يضبطونه به وذهبنا انه يكفي بدو الصلاح في شاة واحدة بل في بسرة واحدة ولا خلاف ان غير النخل من
الشجر حكمه حكم النخل * اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب اذا بدا الصلاح في بعض الثرة
دون بعض نظر ان اختلف الجنس لم يكن بدو الصلاح في أحد الجنسين صلاحا في الجنس الآخر
حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة وبدا الصلاح في احدهما دون الآخر وجب شرط القطع
في الجنس الذي لم يبدأ فيه لا خلاف في ذلك عندنا وقل للابن بن سعد يجوز ويكون ذلك صلاحا
لجميع أجناس الثمار في ذلك البلد * وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والمالك جاز البيع من
غير شرط القطع بلا خلاف وان اختلف شيء من هذه الاشياء ففيه صور (الاولى) ان
يختلف النوع كالمعقلي والبرني فيبيع النوع الذي بدا صلاحه والنوع الذي لم يبدأ صلاحه
من جنسه في ذلك البستان صفقة واحدة وفيه وجهان مشهوران في طريقي العراقيين والحاراسانيين
كلوجهين في نظير ذلك في التاير (والأصح) عند الرافعي التبعية وان حكمه وحكم التاير

الآخذ معسراً والى هذا أشار في الكتاب بقوله ان شأنية المشتري على الطلب لكن الأول أشبه بكلام
الأصحاب * ولو مات المشتري وحل عليه الثمن لم يتعجل الأخذ على الشفيع بل على خيرية إن شاء أخذ
في الحال وان شاء صبر إلى مجيء ذلك المحل ولو مات الشفيع فالخيرة التي كانت له تثبت لورثته ولو
باع المشتري الشقص في المدة نقداً فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني وبين أن يفسخه إما
في الحال واما عند حلول الاجل ويأخذه بالثمن الأول هذا إذا قلنا ان الشفيع ينقض تصرف المشتري
وهو الظاهر وفيه خلاف سيأتي (وان قلنا) بالقول الثاني ففي موضعه وجهان (أحدهما) أنه إنما يأخذ
بشمن مؤجل إذا كان مديناً موثقاً به أو اذا أعطى كفيلاً مديناً والالم يأخذه لأنه اضرار بالمشتري وبهذا
قال مالك وأحمد (والثاني) أنه لا يأخذ على الاطلاق ولا ينظر الى صفته * ولو أخذه ثم مات حل عليه
الاجل (وان قلنا) بالقول الثالث فتعين العرض الى الشفيع وتعديل القيمة الى من يعرفها ذكره الامام
قال فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حل الأجل وجب الا يطالب على هذا القول الا بالسلعة المعدلة لان
الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال المبيع ألا ترى أنه اذا باع بمقوم تعتبر قيمته يوم البيع وعلى القولين
الآخرين لو أضر الشفيع بطل حقه *

قال * ولو اشترى شقصاً وسيطاً بألف أخذ (م) الشقص بما يخصه من الثمن باعتبار قيمة يوم
العقد * ثم لا خيار للمشتري فيما فرق عليه من الصفقة *

واحد وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى وهو قول ابن خيران وأبي علي الطبري علي ما حكاه أبو الطيب عنهما وبه جزم البند نيجي فيما نقل عنه وهو الذي نص عليه الشافعي علي ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء انه قال فيه اذا كان في حائط برني وعجوة وصيحاني فبدا صلاح جنس جاز بيع الجميع (وأما) قوله في الصرف فان كان نخلا وعنباً أو غيره وبد صلاح سنف منه فلا يجوز ان يبيع واحدا منهما بحاله فلا ينافيه فان معنى هذا ان يفرد بالبيع ومعنى الاول ان يبيع الاصناف جملة فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل لكن القاضي أبا الطيب قال ان الصحيح الذي ذكره القاضي أبو حامد في الجامع ونص الشافعي عليه في البويطي انه لا يكون بدو الصلاح في النوع الآخر لانه قد نص ان الصلاح اذا بدا في الثمرة الصيفية فانه لا يكون بدوآله في الثمرة الشتوية فكذلك في النوعين مثله سواء (قلت) ولا حجة في هذا لان الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان في الوقت اختلافا ظاهرا بعيداً والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالباً نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوي والآخر صيفي فينبغي ان يكون الامر كما قال القاضي أبو الطيب فانا انما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتاً يغلب على الظن فيه أمنها من العادة ولا شك ان بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان مالا

اذا اشترى الشقص المشفوع مع عرض كثوب وسيف صفقة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن وبه قال أبو حنيفة وأحمد وعن مالك أنه يأخذها جميعاً لما ذكرنا في أول الكتاب ويروى عنه ان كان من مصالح الصفقة وتوابعها كالثيران وآلات الحرث والعبد العامل والبستان أخذه الشفيع مع الشقص وان كان غير ذلك لم يأخذه ثم النظر في قيمتهما الى يوم البيع لانه وقت المقابلة قال الامام واذا قلنا ان المالك ينتقل باقطاع الخيار فيجوز ان يعتبر باقطاع الخيار لان انتقال المالك الذي هو سبب الشفعة حينئذ يحصل واذا أخذ الشفيع الشقص لم يثبت للمشتري الخيار وان تفرقت الصفقة عليه لدخوله فيها عالماً بالحال *

قال ﴿ولو تعيبت الدار باضطراب سقفها أخذ المبيع بكل الثمن كما يأخذ المشتري من البائع اذا عاب المبيع قبل القبض ﴾ وان تلف الجدار مع بعض العرصة بأن تعشاه السيل أخذ الباقي بحصته • وان بقي تمام العرصة واحترقت السقوف • فان قلنا انها كأطراف العبد أخذ (م) بالكل • وان قلنا كأحد العبدین أخذ بحصته • وان كان النقص باقياً فهو منقول ففي بقاء الشفعة فيه قولان (و) لانه قارن الابتداء لم يتعلق به الشفعة • وان قلنا يبقى حق الشفيع فيه فيأخذ المهدم مع النقص بكل الثمن • وان قلنا لا يبقى الحق فيه • فان قلنا الجدار كأحد العبدین أخذ الباقي بحصته • وان قلنا كأطراف العبد فقولان • اذ يبعد أن يفوز المشتري بشيء محانا *

يوثق بذلك فيه وكلام الشافعي الذي قاله قال وصالح الثمرة اذا احمرت او اصفرت في الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا وبعضه صيفيا فلا يجوز الا ان يبيع كل واحد منهما على حiale وظاهر هذا الكلام انه في الجنس الواحد وأما حمله على الجنسين فبعيد واذا كان في الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض الانواع تابع لبعض وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا لمخالفة نص الشافعي فاما ان يقال ان ذلك شاهد لان اختلاف النوع يؤثر في قطع التبعية مطلقا كما قال القاضي أبو الطيب واما ان يقال انه يفرق في الانواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية وبين ما يتأخر فلا يحكم بل لا ينظر الى اختلاف الانواع بل إلى تفاوت الزمان حتى لو كان نوع واحد معقليا مثلا منه ما يكون في الصيف ومنه ما يكون في الشتاء لا يجعل أحدهما تابعا للآخر في الصلاح فهذا هو الاقرب لكلام الشافعي المذكور والمعنى والفقه يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه فالقول بان اختلاف الانواع لا أثر له وان اختلاف الزمان مخالف لنص الشافعي في البويطي والحاقه بالتأخير غير متجه لاختلاف المذكر في التأخير والقول بان اختلاف الانواع يؤثر مطلقا مخالف لنصه المنقول عن الاملاء وهذا الذي قلته يحسن أن يكون وجهًا ثالثا وبه يحصل الجمع بين النصوص التي نقلت عن الشافعي ويمكن

الفصل يتعلق بأصلين (أحدهما) أن المنقول لاشقة فيه واذا ضم الى شقص وبيعا صفقة واحدة أخذ الشقص بالشفقة بحصته والعهد قريب بهذا الاصل (والثاني) أن الخلاف في أن السقف والجدران من الدار المبيعة كأحد العبد المبيعين أو كطرف من أطراف العبد المبيع أو أوصفة من صفاته وهذا ذكرناه في النظر الثالث من كتاب البيع * اذا عرف ذلك فاذا اشترى شقصا من دار ثم تقضت الدار فلها احوال (أحدها) ان يبعث من غير تلف شيء منها ولا انفصال بعضها من بعض بان شق جدار أو مالت اسطوانة أو انكسر جذع أو اضطرب سقف فالشفيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن وبين الترك ويكون تعييبه في يد المشتري كتعيب المبيع في يد البائع فانه يخير المشتري بين الاخذ بجميع الثمن وبين الفسخ (والثانية) أن يتلف بعضها فينظر ان تلف شيء من العرصة بأن غشيها السيل فغرقها أخذ الباقي بحصته من الثمن وان بقيت العرصة بتمامها وتلفت السقوف والجدران باحترق وغيره (فان قلنا) ان الابنية كأحد العبد المبيعين أخذ العرصة بحصتها من الثمن وهو الاصح وبه قال أحمد ومالك (وان قلنا) انها كأطراف العبد وصفاته أخذها بكل الثمن وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بأفة سماوية فيأخذها بجميع الثمن أو بالتلف متلف فيأخذها بالحصلة لان المشتري يحصل له بدل التلف فلا يتضرر وبهذا قال أبو حنيفة (والثالث) أن لا يتلف شيء منها ولا يكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام وسقوط الجدران فهل يأخذ الشفيع النقص فيه قولان ويقال وجهان (أحدهما) لا لأنه منقول كما لو كان في الابتداء كذلك وأدخل النقص في البيع

أن يحمل كلام الشافعي في الصبفي والشتوي علي الجنسين ان لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبي عصرون
وإذا كان في البستان جنسان يتباعدا ادراكهما كالصبفي والشتوي وبدا صلاح الصبفي لا يتبعه الشتوي
والله تعالى أعلم * ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الأنواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع
المؤبر واختار أن النوع الذي لم يبد صلاحه يتبع الذي بدا صلاحه والقاضي أبو الطيب نقل ذلك عنه
في المسألتين وهو مشهور عنه في المسألة الأولى وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف
بما أخذيهما فلذلك لا تناقض بين كلاميه وقال القاضي أبو الطيب انه ومن وافقه في مسألة بدو الصلاح
استدلوا بان هذه الأنواع تضم إلى ما بدا صلاحه في الزكاة فتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التي
بدا صلاحها وسقان ونصف وجبت الزكاة قال وهذا الذي ذكره ينتقض بما نص عليه الشافعي رضي
الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية فإنها لا تتبعها في بدو الصلاح وان كانت تضم اليها في الزكاة فاطلاق
كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضي أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أولاً ولا فرق بين أن يختلف
الزمان أولاً وقد علمت ما فيه والله أعلم * وقول المصنف ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من
جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا وان الليث بن سعد خالف فيه وردوا عليه بأنه

لا يؤخذ بالشفعة (والثاني) نعم قال في الشامل وهو اختيار أبي إسحق وشيوخنا المتأخرين لأن منقولته عرضت
بعد البيع وتعلق حق الشفيع به والاعتبار بحال جريان العقد ولهذا لو اشترى داراً فانهدمت يكون
النقض والعرضة للمشتري وان كان النقص لا يدخل في البيع لوجري وهي منهدة (فان قلنا) انه يأخذ
النقص أخذه مع العرضة بجميع الثمن والا أعرض عن الكل (وان قلنا) انه لا يأخذه فيذني على أن
السقوف والجدران كأحد العبدین المبیعين أو كطرف العبد (ان قلنا) بالأول أخذ العرضة وما بقي من
البناء بمحضتهما من الثمن (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) أنه يأخذ الحصة لأن النقص كان من
الدار المشتراة فيبعد أن يبقى للمشتري مجانا ويأخذ الشفيع ماسواه بتمام الثمن (والثاني) أن يأخذ الكل
بالثمن كما في الحالة الأولى وعلى هذا يشبه النقص بالثمن والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل قبض الشفيع
ومنهم من يطلق قولين تفرقاً على أن النقص غير مأخوذ من غير البناء على أن النقص كأحد
العبدین أو كأطراف العبد ويوجه الأخذ بالكل بأنه تنص حصل عند المشتري فأشبه تشقق الحائط
والأخذ بالهبة بأن مالا يؤخذ من المبيع بالشفعة تسقط حصته من الثمن كما إذا اشترى شقصاً وسيفاً *
(واعلم) أن منقول الزنى في المختصر أن الدار إذا أصابها هدم يأخذ الشفيع الشقص بجميع الثمن أو يترك
وعن القديم وموضع من الجديد أنه يأخذ بالحصة واختلاف الأصحاب في العبدین بحسب ما حكينا
عنهم في فقه الفصل فالفارقون في الحالة الثانية بين أن يتألف بمحض العرضة حيث يأخذ الباقي بالحصة وبين

يلزمه بيع العنب قبل أن يسود وهو خلاف الحديث الصحيح (الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما إذا بدا الصلاح في جنس في بستان وله بستان آخر فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح وإن صلاح أحدهما لا يكون صلاحاً للآخر وادعى القاضي أبو الطيب أنه لا خلاف فيه وبذلك جزم الماوردي وجميع العراقيين ومال الأمام إلى خلاف ما قالوه سيما إذا لم يتباعد وليس بينهما الأجدار ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسألة وجهين أحدهما من تفقه الأمام وتبعه الرافعي وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون فإنه قال في الام والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقيف فيستأخر أبار كل بلد بقدر حرها وبردها وما قدر الله من إبانها فمن باع حائطاً منها لم يؤثر قسمة للمبتاع وإن أبر غيره لأن حكمه به لا يغيره ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وإن بدا صلاح غيره وسواء كان نخل المؤجل قليلاً أم كثيراً إذا كان في خطر واحدة وبقعة واحدة في غير خطر فبدا صلاح واحدة منه حل ببعه ولو كان إلى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو إلى جنبه لم يحل بيع ثم حائطه بحلول بيع الذي إلى جنبه هذا كلام الشافعي رضي الله عنه وهو صريح بعدم التبعية إذا اختلف البستان والملك وظاهر في عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده وإن

أن يتلف بعض النقص أو كله وتبقى العروة كلها حيث يأخذ الباقي بالكل جواباً على إلحاقه بأطراف العبد وحملوا النص الثاني على ما إذا تلف بعض العروة والأول على ما إذا بقي كل العروة وتلفت الأبنية والفارقون بين أن يكون التلف بأفة سماوية أو باتلاف متلف حملوا الأول على ما إذا كان التلف بأفة سماوية والثاني على ما إذا كان باتلاف متلف والفريقان متفقان على فرض النصين في الحالة الثانية والذين قالوا في الحالة الثالثة لا يأخذ الشفيع النقص منهم من أثبت النصين المذكورين وقطع بالأخذ بالحصّة وحمل منقول المزي على الحالة الأولى وهو مجرد التعيب والذين قاوا يأخذ النقص بالشفعة حملوا النص الثاني على ما إذا تلف كل النقص أو بعضه ونزلوا الأول على مذهبهم فخلصت من هذه التصرفات خمسة طرق في النصين والله أعلم * (وقوله) في الكتاب وفي بقاء الشفعة قولان يجوز إعلامه - بالواو - لأن عن ابن سريج طريقة جازمة ببقاء الشفعة فيه ذكرها في التتمة *

قال * ولو اشترى الشقص بألف ثم حط بالابراء فإنه إن كان بعد اللزوم فلا يلحق الشفيع * وإن كان في مدة الخيار لحقه على الأصح (و) * وإن وجد البائع بالعبد الذي هو عوض الشقص عيباً وأراد استرداد الشقص قبل أخذ الشفيع فهو أولى به من الشفيع في أقيس القولين * وإن كان بعد أخذ الشفيع لم ينقص (و) ملك الشفيع * ولكن يرجع إلى قيمة الشقص * فان زاد على ما بذله الشفيع أو نقص في التراجع بين المشتري والشفيع خلافت إذا صارت القيمة ما قام الشقص بها على

كان قد اقتصر على قوله حائط غيره في كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم في حائطه الآخر والله أعلم * فاذا قلنا بالمشهور فباعتها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفقة قاله الماوردي فاما اذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضي جريان خلاف فيه ولم أقف عليه لغيره وصرح جماعة بالجزم بخلافه وقال الامام انه رأى الطرق متفقة على خلافه وأن ذلك يشير إلى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان (الصورة الثالثة) ان تختلف الصفقة مع اتحاد البواقي كما إذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والحراسانيين وبعضهم يقول قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثاني) وهو الصحيح عند القاضي أبي الطيب وابن أبي عصرون والرافعي انه لا يصح ورتب القاضي حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فهنا أولى والا ففيه وجهان * **﴿ فرع ﴾** قال بعتك هذا بكذا وهذا بكذا فالظاهر ان الحكم كذلك نظراً لتفصيل الثمن

المشتري أخيراً * وكذا لو رضى البائع بالعيب ففي استرداد الشفيع به قيمة السلامة من المشتري خلاف * وان وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن (و) له طلب أرش * فان رد الشفيع عليه رد هو علي البائع * فان وجد قبل أخذ الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرشاً فهو محطوط عن الشفيع قولاً واحداً *

الفصل ينظم مسائل (أحداها) اذا اشترى الشقص بألف درهم ثم اتفق المتبايعان على حط من الثمن أو زيادة فذلك إما أن يكون قبل لزوم العقد أو بعده اما في زمن الخيار أو مكانه وحكم القسمين ما ذكرناه في البيع بالشرح وحاصله أنه لا تلتحق الزيادة ولا الحط بالعقد بعد لزومه ولا حط البعض ولا حط الكل وذهب أبو حنيفة الى التحاق حط البعض به حتى يأخذ الشفيع بالباقي وفيما قبل اللزوم وجهان (أصحهما) الالتحاق كما ذكره صاحب الكتاب ههنا وان أشار في البيع الى ترجيح المنع (واذا قلنا) بالالتحاق وحط كل الثمن فهو كالمو باع بلا ثمن وحينئذ فلا شفعة للشريك لانه يصير هبة علي رأى ويبطل علي رأى وكنا قد ذكرنا في البيع التفات الخلاف في الالتحاق الى الخلاف في الملك في زمن الخيار وعلي ذلك جري الامام وآخرون ههنا فقالوا (ان قلنا) ان الخيار لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فكما يملك المشتري المبيع يملك البائع منه فينفذ تصرفه بالبراء لمصادفته ملكه قال الامام وفيه احتمال لان الاصحاب ترددوا في أن اعتاق المشتري في زمن الخيار هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له لتعلق خيار البائع بالمبيع فاذا ترددوا في

وجوز ابن الرفعة ان يأتي فيه وجه بالجزم بالصحة كما هو وجه أيضاً فيما اذا قال بعتك هذا بدرهم وأجرتك هذا بأخر فقال المحاطب قبلتهما نظراً الى الجمع في القبول (الصورة الرابعة) ان يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان قيل يجوز ان لم يبد الصلاح في ملكه لاجل اتحاد البستان فان طباعه واحدة وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في الجملة أو لا يجوز نظراً اليه في نفسه فيه وجهان وقد علمت في الصورة الثالثة ان الصحيح عدم الصحة لاجل افراد مالم يبد صلاحه بالمبيع والمالك واحد فههنا أولى بعدم الصحة قل الرافعي رحمه الله تعالى وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد البستان واختلاف الملك ان يكونا في التأبير كذلك وان لم يجر لها ذكر والظاهر انه لا يعتبر في الموضعين اتحاد الملك (الصورة الخامسة) ان يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف في ذلك ولم أره لغيره وكيف ما كان فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان والنوع أولى (الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفة فيفرد النوع الذي لم يبد صلاحه من أحد البستانين اعتماداً على بدو الصلاح في النوع الآخر من البستان الآخر الذي لم يباعه

الاعتاق مع قوته لهذا المعنى جاز أن يتردد في البراء لأن الثمن متعلق بخيار المشتري (واذا قلنا) ان الملك للبائع أو موقوف في صحة الحاط وجهان عن القاضي حدين (أحدهما) الصحة لجريان الناس عليه في الأعصار الحالية (والثاني) النفع لأنه تصرف فيما ليس مملوكاً فحيث قلنا بصحة الحط في التحاقه بالعقد خلاف (والثانية) إذا اشترى الشقص بعبد مثلاً وتقابضاً ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده بالعيب واسترداد الشقص وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص في الأولى منهما خلاف مر وحيكى الامام طريقة أخرى قاطعة بتقديم البائع ورفق بينه وبين ما إذا أراد المشتري رد الشقص بالعيب وزاحمه الشفيع حيث ذكرنا فيه القولين بأن البائع ينشئ الرد على غير محل الشفعة والمشتري ينشئه في غير محل الشفعة ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشقص لم ينتقض ملك الشفيع ولم يرد شفيعته كما لو باع ثم اطاع على العيب وعن صاحب التقريب قول أنه يسترد المشتري الشقص من الشفيع ويرد عليه ما أخذه ويسلم الشقص إلى البائع لأن الشفيع نازل منزلة المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه ولا يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه والمذهب الأول (واذا قلنا) به أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري فان كانت مثل قيمة العبد فذاك وان زادت قيمة الشقص على قيمة العبد أو نقصت عنها ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري أو الشفيع على صاحبه وجهان (أظهرهما) أنه لا تراجع بينهما لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبدول فلا يتغير حكمه بعد ذلك كما إذا باعه ثم رد البائع العبد بالعيب (والثاني) ويحكى عن ابن سريج أنه يثبت التراجع بينهما

فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف فيه أيضاً ولم أره وهو في غاية البعد وقال الامام انه لم يختلف علماؤها فيه فلا يقال الوقت وقت بدو الصلاح فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزرهة هذا الاقائل به وكأنه أوجب للرافعي ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر والله أعلم (الصورة السابعة) ان يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد البواقي وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية فهذه سبع صور وقبلها صورتان واذا اتحد الجميع واختاف الجنس فتصير تسعاً (واعلم) ان الصور الممكنة من الاختلاف في ذلك ستة عشر هذه التسع المذكورة وسبع أخرى وهي العاشرة (الاولى) ان يتحد الجميع (الثانية) ان يختلف الجنس (الثالثة) ان يختلف النوع (الرابعة) ان يختلف البستان (الخامسة) ان تختلف الصفقة (السادسة) ان يختلف الملك (السابعة) ان يختلف النوع والبستان وهذه السبع تقدمت (الثامنة) ان يختلف النوع والصفقة فيبيع صاحب البستان نوعاً لم يبد صلاحه منفرداً اعتماداً على بدو الصلاح في نوع آخر عنده وقد تقدم ان الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية فههنا أولى ولا يبعد ان يجري فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كلنوع الواحد واطلاقهم يقتضي ذلك لكن الفوراني جزم بأنه

لأن قيمة الشقص استمر الحال عليها وقرار الفسخ ينفي أن يأخذها بما قام على المشتري ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بائتياع أو غيره لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص ولا للمشتري من إجباره على القبول ورد القيمة بخلاف ما إذا غرم العبد المصوب لابقه فرجع لأن ملك المصوب منه لم يزل وملك المشتري قد زال وبعد الرد على القيمة حكى صاحب التتمة وجهين في المسألة بناء على الوجهين فيما لو خرج المبيع عن ملك المشتري وعاد ثم اطلع البائع على عيب بشئ معين فردده هل يسترد المبيع ولو وجد البائع العيب بالعبد وقد حدث عنده عيب فاخذ الأرض لامتناع الرد نظر إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً فلا رجوع عليه وإن أخذه بقيمته معيباً ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع لكن الأصح ههنا الرجوع ومال ابن الصباغ إلى القطع به لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرض ووجوب الأرض من مقتضى العقد لاقتضائه سلامة العوض ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليماً لم يرجع على المشتري بشيء ولو رضى البائع ولم يردده فما الذي يجب على الشفيع فيه وجهان (أحدهما) أن عليه قيمة العبد سليماً ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري (والثاني) أن تلزمه قيمته معيباً حتى لو بذل قيمة السليم استرد قيمة السلامة من المشتري لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المجهول ثمناً بصفاته وضعف الامام الوجه الاول وغلط من قال به لكانه هو الذي أورده في التهذيب (الثالثة) للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وكذا بالعيوب السابقة على الاخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد في الحال وليس له الأرض أيضاً

لا يكون حكمه حكم المؤبر وكذلك يقتضيه كلام الغزالي في البسيط وقد تقدم في التأخير بحث في إثبات الخلاف فلينظر هناك (التاسعة) ان يختلف النوع والمالك مع اتحاد الصفقة كما اذا باع عن نفسه نوعا وعن موكله نوعا في بستان واحد بدا صلاح أحدهما ولم يبدأ صلاح الآخر وقلنا ان الصفقة لا تعدد وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على أن الصفقة واحدة أولا اعتمادا على تعدد المالك لم أر فيه نقلا (العاشرة) ان يختلف البستان والصفقة فيفرد الشخص من بستان له بيع مالم يبدأ صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم (الحادية عشرة) ان يختلف البستان والمالك فيبيع شخص عن نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وفرعنا على صحة مثل هذا البيع فلم أر في ذلك نقلا (الثانية عشرة) ان يختلف الصفقة والمالك فيبيع مالم يبدأ صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ولم أر فيه نقلا (الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره.

وكذا أطلقه في الكتاب وهو الصحيح ويحىء فيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا باعه أو أزال الملك بجهة أخرى فلورد عليه الشفيع بالعيب رده حينئذ على البائع ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أن يأخذه الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرش العيب القديم حط ذلك عن الشفيع لأنه بدل صفة السلامة التي استحقها الشفيع كما استحقها المشتري على البائع وان قدر على الرد لكنهما توافقا على الرجوع إلى الأرض ففي صحة المصالحة وجهان مذكوران في موضعهما ان صححناها ففي حطه عن الشفيع وجهان (أحدهما) لا يحط لأنه ينزع من البائع (وأصحهما) الحط لتقرر الثمن على الباقي (وقوله) في الكتاب فهو أولى به في أقيس القولين يمكن أن يعلم - بالواو - للطريقة القاطعة بتقديم البائع (وقوله) لم ينقض ملك الشفيع مع علم به وكذا قوله لم يكن له طلب أرش (وقوله) وهو محطوط عن الشفيع قولاً واحداً كأن الإشارة به إلى هذه الصورة تفارق ما إذا رجع المشتري بالأرض مع إمكان الرد فهي مختلفة فيها.

قال (ولو اشترى بكف من الدراهم لم يعرف وزنه وحاف على أنه لا يعرف وزنه فلاشفعة (و) اذ الأخذ بالمجهول غير ممكن

إذا اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنه أو بجبرة من الخنطة لا يعلم كيفها فيوزن وتكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر فان كان ذلك غائباً ف تبرع البائع بإحضاره أو أخبر عنه واعتمد قوله فذلك والافليس للشفيع أن يكلفه الإحضار ولا الإخبار عنه وان هلك الثمن وتعذر الوقوف عليه تعذر أخذه بالشفعة فان أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره نظر إن عيز قدراً وقال اشتريته بكذا وقال المشتري انه لم يكن معلوم القدر

فان صح ما تقدم عن الرافي في افراد أحد البستانين فلا يبعد ان يأتي في هذه الصورة أيضاً خلاف والصحيح المنع (الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعاً اعتماداً على بدو الصلاح في نوع آخر من ذلك غيره في ذلك البستان ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع (الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة (السادسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ولم أرفيهما نقلًا ولا يحتمل تخريجهما على ما تقدم والله أعلم • والمذهب في جميع هذه الصور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع فيصح بلا خلاف أو اختلاف النوع فقط وفي التصحيح خلاف كما تقدم وبقية الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزماً أو على المذهب والله أعلم ﴿فائدة﴾ النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة أو لعسر التمييز كلام الجمهور يقتضي الاول ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين الثمار والزروع وان كان كثير من الأصحاب اذا تكلموا انما يذكرون البستان والثمار فليس الا على جهة ذكر بعض افراد المسألة ومن صرح بذلك صاحب التتمة قال انه اذا اشتد بعض السنابل كان كالثمار اذا بدا الصلاح في بعضها لكنه فرض ذلك فيما اذا تسنبل جميع الحب والظاهر ان ذلك منه ليس على

فن ابن سريج أنه لا ينعى بذلك ولا يحلف على نفي العلم كما لو ادعى الفأ على إنسان فقال في الجواب لست أبرئكم لك على فلي هذا لو أصر على قوله الأول جعل ناكلاً وردت اليمين على الشفيع والمحكى عن النص وأكثر الأصحاب أنه ينعى منه بذلك ويحلف عليه لأنه محتمل ويخالف ما إذا ادعى عليه الفأ فان المدعي ههنا هو الشفيع لا الثمن المجهول وبتقدير صدق المشتري ليس له الأخذ بالشفعة فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ وعلى هذا الخلاف لو قال نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به فعلى رأى يجعل قوله نسيت نكولاً وترد اليمين على الشفيع قاله القاضي الروياني وبه قال ابن سريج وابن أبي هريرة والماوردي والقفال وهو الاختيار • وان لم يعين قدرًا ولا يكن ادعى على المشتري أنه يعلمه وطالبه بالبيان ففيه وجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه لا تسمع دعواه حتى يعين قدرًا فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف (والثاني) أنها تسمع ويحلف المشتري على ما يقوله فان نكل حلف الشفيع على علم المشتري وحبس المشتري حتى يبين قدره ويحكي عن ابن سريج وغيره تفرعاً على الأول أن طريق الشفيع أن يعين قدرًا فان ساعده المشتري فذاك والا حلفه على نفيه فان نكل استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه اتفاقاً وان حلف المشتري زاد وادعى ثانياً وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين ألا ترى أن له أن يحلف على خط أبيه اذا سكنت نفسه إليه (وقوله) في الكتاب وحلف أنه لا يعرف وزنه غير محتاج إليه في التصوير فانه لو اقتصر على أن يقول ولو اشتري بكف من الدراهم لا يعرف وزنه فلا شفعة كان صحيحاً وانما

سبيل الاشتراط فانه لو تسبيل بعض الحب واشتد و بعضه الى الآن بقل فقياس المذهب ان يبيع ويحتمل ان يقال يجري فيه الخلاف فيما اذا اطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع * ولو باع البطيخ على اصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الارض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار قاله صاحب التتمة * ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الارض لاستتاره وجهاته ويخالف الغائب لانه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلم وذلك عيب فيه قاله في التتمة وغيرها وقد تقدم * ويصح بيع القبيط في الارض بشرط القطع ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه وان بلغه فيجوز مطلقا وبشرط التبقية ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار كالخيار والبادنجان لان ما هو المقصود منه ظاهر وانما المستتر بالارض عروقه وهي غير مقصودة قاله في التتمة * والسلمج ان كان المعظم منه ظاهرا فكالفبيط وان كان في الارض فكالفجل والسلق قاله في التتمة أيضا *

﴿ فرع ﴾ اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والبادنجان وما أشبه ذلك منفردا عن

يحتاج الى الحلف إذا فرض نزاع ثم الحلف على نفي العلم انما يكون اذا سمع منه نفي العلم في جواب دعوى الشفيع ويجوز فيه ما سبق من الخلاف *

قال ﴿ ولو خرج ثمن المبيع مستحقا وهو معين تعيين بطلان (ح) البيع والشفعة * وان خرج ثمن الشفيع مستحقا لزمه الابدال ولم يبطل ملكه ولا شفעתه في أظهر الوجهين * وكذا اذا خرج زيوفاً * إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع فاما أن يظهر في ثمن المبيع أوفي ثمن الشفيع فان ظهر في ثمن المبيع نظر ان كان معيباً بان بطلان البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قد أخذه * وعند أبي حنيفة لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقداً بناء على أن النقود لا تتعين بالتعيين وان خرج بعضه مستحقاً بطل البيع في ذلك القدر وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة فان فرقناها واختار المشتري الاجازة فالشفيع الأخذ فان اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ففيه الخلاف المذكور فيما اذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول وان كان الثمن في الذمة أي وتقدمه المشتري ثم خرج المدفوع مستحقاً فعليه الابدال والبيع والشفعة بحالها وللبائع استرداد الشقص ليحبسه الى أن يقضى الثمن (فاما) إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع فان كان جاهلاً لم يبطل حقه وعليه الابدال ثم حكي الامام وجهين في أنا نتبين بم يملك باداء المستحق ويفتقر الآن الى تملك جديد أو نقول إنه ملكه والثمن ديناً عليه وان كان عالماً فوجهان (أحدهما) ان شفעתه تبطل لأنه أخذ بما لا يجوز الأخذ به فملكه ترك الشفعة مع القدرة عليها (والثاني) لا تبطل لانه لم يتصر في الطالب والأخذ والشفعة لا تستحق بمال معين

الاصل نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها لم يجوز الا بشرط انقطع وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القдах من غير شرط القطع لانه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها قاله في الاستقصاء *

(فرع) ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك يجوز *

(فرع) لا خلاف انه لا بد من وجود الصلاح في شيء وقول الغزالي اتفقوا على ان وقت بدو الصلاح كاف محمول على ذلك وكذلك المراد في اقامة وقت التأخير مقام التأخير ونهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت انه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته ولا قائل به وانما أطلق الغزالي هذه العبارة لان العادة ان الوقت اذا حضر فلا بد ان يوجد في بعض والله أعلم *

حتى تبطل باستحقاقه (والأول) هو المذكور في التهذيب (والثاني) ظاهر كلام المزني واختاره كثير من الأصحاب ومنهم صاحب الكتاب وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معيناً بأن يقول تملككت الشقص بهذه الدنانير أو غير معين بأن يقول تملككت به عشرة ففهم من قل لا وقال الشيخ أبو حامد وآخرون نعم وموضع الوجهين ما اذا كان معيناً وخروج الدنانير نحاساً كخروجها مستحقة * ولو خرج ثمن المبيع رديئاً فللبائع الخيار بين أن يرضى به وبين أن يستبدل فان رضى به لم يلزم المشتري الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ذكره في التهذيب * ولو خرج ثمن الشفيع رديئاً لم تبطل شفيعته علماً كان أو جاهلاً لأن أداءه صحيح بدليل ما اذا رضى المشتري به وفيه وجه أن خروجه معيناً كخروجه مستحقاً (وقوله) في الكتاب لم يبطل ملكه ولا شفيعته في أظهر الوجهين * أطلق الكلام في المسألة إطلاقاً ولم يفرق بين أن يكون علماً أو جاهلاً لاختياره الوجه الذاهب إلى أن حقه لا يبطل وان كان علماً والوجه الذي يقابله على هذا لا يراد انه ان كان علماً بطل وان كان جاهلاً فلا يبطل لا البطلان مطلقاً فانه لا قائل به والخلاف في أن ملكه هل يبطلهما الوجهان اللذان نسبناهما إلى حكاية الامام في حالة الجهل ويطردان في حالة العلم إذا قلنا ان حقه لا يبطل لكنه حكم بأن الأظهر أن ملكه لا يبطل وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور سيما في حالة العلم (وقوله) وكذا لو خرج زيوفا ان كان المراد منه النجاس المحض فهو صحيح * وان أراد الذي من ذلك الجنس بالتسوية بينه وبين ما اذا خرج مستحقاً خلاف ظاهر المذهب وقد أجاب في الوسيط بأن خروج الثمن زيوفا لا يبطل الملك ولا الشفعة وهذا يقتضي ارادة المعنى الثاني حينئذ يختلف جوابه في الكتابين ويكون الصحيح مافي الوسيط *

﴿ فرع ﴾ إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح في أحدهما قال العبدري فانه لا يكون صلاحا في الآخر ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخر لا يختلف المذهب فيه هذا قول العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل فان كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم وان كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج الى فرق والله أعلم *
﴿ فرع ﴾ قد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفسه ومعنى ذلك أنه اذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ اذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أو ان الحصاد والجذاذ لأن العادة فيها تركها الى الحصاد والجذاذ فلم يكلف نقله قبله كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل أنه لا يكلف نقله الا بالنهار فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى السقي لزم البائع ذلك لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد وذلك لا يحصل الا بالسقي فلهذا *

قال ﴿ ولو بنى المشتري في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك في غيبته فاذا حضر فحقه في الشفعة باق له فانه كان شريكاً ولم يسقط هو حق الشفعة وقد بقى له نوع اتصال وهو الجوار * ولكن لا يقلع (ح ز) بناء المشتري مجاناً * بل يتخير بأن يبقى بأجرة أو يملك بعوض أو ينقض بارش كالمعير سواء * إلا أنه يبقى زرعه ولا يطالبه (و) بالأجرة * والمعير له الأجرة لأن المشتري زرع ملك نفسه فكأنه استوفى منفعة فهو كما لو زرع ملكه وبيع *

إذا بنى المشتري أو غرس أو زرع في الشقص المشفوع ثم علم الشفيع فله الأخذ بالشفعة وقلم بنائه وغراسه وزرعه مجاناً لا بحق الشفعة ولكن لأنه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجاناً وان بنى وغرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز ثم علم الشفيع لم يكن له قلمه مجاناً وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة * لنا أنه بنى في ملكه الذي ينفذ تصرفه فيه فلا يقلع مجاناً وتعلق حق الشفعة به لا يمكن من القلع مجاناً لتعلق حق الرجوع بالأرض المرهونة (واعلم) أن في تصوير المسألة إشكالين (أحدهما) قال المزني المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع وإذا رضى الشفيع بالسكية المشتري بطلت الشفعة فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة (والثاني) أن القسمة تقطع الشركة وترد العلة بينهما إلى الجوار وحينئذ يجب أن لا تبقى الشفعة لاندفاع الضرر الذي كثر ثبوت الشفعة لدفعه كما لا تثبت ابتداء الجوار وأجاب الأصحاب عن الأول بصور

﴿الشرح﴾ اتفق الاصحاح على انه يجب على البائع التخلية الى اوان الحصاد في الزرع والجداذ في الثمرة والخلاف في هذه المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه لانه يقول بيع الثمرة مطلقا ينزل على القطع ويجب قطعها في الحال وقد تقدم الكلام معه قريبا فاغني عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا ان موجب الشرع تفريغ ملك البائع وأجاب أصحابنا بان أصل التفريغ مقول به وكيفية تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار وأما السقي فمهور جماعات الاصحاح أوجبه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات وقال القاضي حسين فيه وجهان (أحدهما) على المشتري لأن الثمرة له (والثاني) على البائع لأنه متصل بملكه قال ويمكن ان يقال فيه وجهان بناء على ما لو اصابها جائحة بعد التسليم (ان قلنا) يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه وان قلنا من ضمان البائع فالسقي عليه (قلت) وكذلك الشاشي في الحلية حكى الوجهين في وجوب السقي على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد انها من ضمان المشتري

واضحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور (منها) أن ينخر بأن البيع جري بألف فيعفو أو يقاسم أرباب الشقص أو انتقل اليه بالهبة فيقاسم ويبني ثم يتبين أن البيع كان بمادون الألف وأن الانتقال كان بالعوض فتصح القسمة وتثبت الشفعة (ومنها) أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل إما لأخباره عنه أو لسبب آخر (ومنها) أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والمشتريين منهم فيقاسم الوكيل المشتري والشفيع غير عالم (ومنها) أن يكون له وكيل بالقسمة وفي أخذ الأشخاص بالشفعة فيرى في شقص الحظ في الترك فيتركه فيقاسمه ثم يقدم الشفيع ويظهر له بأن الحظ في الأخذ وكذلك ولي اليتيم (ومنها) أن يكون الشفيع غائبا فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة وللإمام في إجابة القاضي إياه وقفة إذا علم ثبوت الشفعة والمشهور الاجابة (وأما الثاني) فاجيب عنه بأن الجواروان لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفى به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء ولم يخرج على الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة لأن الجوار على حال ضرب اتصال قد يؤدي إلى التأذي بضيق المرافق وسوء الجوار ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة (وقوله) في الكتاب في الشقص الذي قاسمه وكيل الشريك إشارة إلى حل الاشكال الأول وبيان بعض طرق صحة القسمة مع بقاء الشفعة (وقوله) فانه كان شريكا إلى آخره إشارة إلى حل الثاني * إذا تقرر ذلك فان اختار المشتري قلع البناء أو الغراس فله ذلك ولا يكلف تسوية الارض لانه كان متصرفا في ملكه فان حدث في الارض نقص فالشفيع إما أن يأخذه على صفته وأما أن يترك فان لم يختار المشتري القاع فلا شفع الخيار بين إبقاء ملكه في الارض بأجرة وبين

والمذهب ان السقى على البائع وهو من جملة ما يستدل به للقديم كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغي ان يكون ذلك اذا باعها مطلقاً أو بشرط التبقية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ويؤيد ذلك انهم في وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع انها من ضمان المشتري قالوا اذ لا يجب السقى على البائع هنا فلا استدلال بهذا وعدم رده يدل على انه محل وفاق لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بانها من ضمان البائع وطريقة وهي الاظهر عند الرافعي انها على الفولين فيحتمل ان يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضاً وهو بعيد لانه لم يلتزم له الابقاء فينبغي ان تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ويتعين القطع بهذا لانه له المطالبة بالقطع فكيف نوجب عليه السقى الا ان يقال انه يجب عليه السقى في مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد لانه من تمة التسليم وهذا بعيد أيضاً كما لو اشترى حيواناً ولم يقبضه لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتي التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح *

(فرع) الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى يحىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما على ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحابها) انه الى أوان الجذاذ (والثانى) يتأخر بعد ذلك زماناً لا ينسب المشتري فيه الى توان بترك الثمار على الاشجار (والثالث) بنفس الجذاذ وهذا لم يصرحوا به فى السقى ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح وسيأتى ذلك مبيناً هناك *

تملكه بقيمته يوم الاخذ وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الوجه الذى تقرر فى المعير إذا رجع وقد بني المستعير فى الارض أو غرس بلا فرق ولو كان قد زرع فيبقى زرعه الى أن يدرك فيحصده وقياس التسوية فى فصل البناء وما نحن فيه وبين العارية أن يحىء الخلاف المذكور هناك فى زرع الارض المستعارة (والظاهر) فى الموضعين أنه يبقى الزرع وهل للشفيع أن يطالبه بالاجرة عن صاحب التقريب أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالاجرة على الظاهر (والمشهور) أنه لا مطالبة للشفيع بالاجرة بخلاف المعير فان المستعير زرع أرض المعير والمشتري زرع ملك نفسه واستوفى منفعته بالزراعة وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة لا يطالبه المشتري بالاجرة لمدة بقاء الزرع (وقوله) فى الكتاب ولكن لا يقطع بناء المشتري مجانا معلماً - بالحاء - لا مر - وبالزاي - لأن المزنى يوافقه (وقوله) إنه يبقى زرعه هذا الاستثناء يتعلق بالتسوية بين الشفيع والمعير كأنه قال والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشتري بلا اجرة والمعير يبقى بالاجرة (واعلم) أن فى الصور الثلاث منها صورة بيع الارض المزروعة وصورة

﴿ فرع ﴾ لو شرط السقي على المشتري بطل البيع لان السقي مجهول نص عليه الشافعي والاصحاب وعلمه بعضهم بان السقي مجهول وعن القاضي أبي حامد انه ولو كان معلوماً بطلناه أيضاً من قبل انه بيع واجارة في أولى قولي (قلت) وهذه علة الشافعي رحمه الله تعالى قل الخوارزمي والجذاذ على المشتري على الاصح (قلت) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذي سنذكره في نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ (ان قلنا) بالاول فعلى المشتري (وان قلنا) بالثاني فعلى البائع لأنها لاتصير مسلمة الابه *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد في السلسلة اذا اشترى ثمرة على رأس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادي فان ضر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها وان لم يكن على الاشجار ضرر في التبقية ولا للثمار تقع في التبقية ولا ضرر على الثمار بالقطع ولو تركت على الاشجار لم تزد على حافها ونو وطعم لم ينقص القطع شيئاً من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها فهل يجبر على القطع فعلى قولين بنذنيان على ما اذا أسلم في شيء الى أجل معلوم فجاء به قبل المحل وليس في قبضه مزية فهل يجبر على قبوله فعلى قولين (فان قلنا) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا ولا فيجب بيعها على المالك قبل أوان الجذاذ وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم الانتفاع بالماء (اما) اذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن

العارية وما نحن فيه وجهين في وجوب الاجرة وقد ذكرنا الخلاف في صورتين في موضعهما لكن الظاهر من الخلاف في صورة العارية وجوب الاجرة وفي صورتين الآخريتين المنع للمعني الذي يجمعها وهو أنه استوفى منفعة ملكه هذا ما ذكره عامة الاصحاب وصاحب الكتاب ناقض في مسألة بيع الأرض المزروعة والذي ذكره ههنا جواب على أنه لا تجب الاجرة وذكر في اللفظ الاول من القسم الثالث من النظر الرابع من كتاب البيع أن الاظهر وجوبها *

﴿ فرع ﴾ ذكرنا أنه إذا زرع لزم الشفيع إبقاء الزرع وحينئذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد لانه لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده قال الامام ويحتمل أنه لا يجوز له التأخير وان تأخرت المنفعة كما لو بيعت الأرض في الشتاء لا يؤخر الشفعة إلى أوان الانتفاع ولو كان في الشقص أشجار عليها ثمار لاتستحق بالشفعة ففي جواز التأخير الى القطاف وجهان والفرق أن الثمار لاتمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع *

قال ﴿ ولو تصرف المشتري بوقف أو هبة نقض (و) ﴾ وان كان يبيع فالشفيع بالخيار بين

أن يأخذه بالبيع الاول فينقضه (و) * أو بالثاني *

هنا أيضاً نأخذ ان مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خياراً المشتري وان ماسياتي من كلام الصيدلاني في ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع *

﴿ فرع ﴾ قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة في تبقيتها هل للبائع تبقيتها *

﴿ فرع ﴾ باع الجمد في الجمد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوماً صح ويسلم بحسب الامكان وفيه وجه انه يلزمه تسليمه علي العادة بأخذ الجمد منه كل يوم وقرأ أو قرين أو ثلاثة قل القاضي حسين (والصحيح) الاول وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين وقال الخوارزمي (الاصح) عندي انه لا يجب تفريغها في الحال بل علي مر الايام علي عادة تفريغ الجامد فعلى ما قاله القاضي حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضاً علي كلام المصنف قال القاضي وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه في موضع البيع ولا يلزمه حمله الي بيته وان كانت العادة قد تقضى بذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ واذا اشترى ثمرة علي الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان (أحدهما) يفسخ البيع وهو الصحيح لانه تعذر التسليم المستحق بالعقد فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تاف المبيع (والثاني) لا يفسخ لان المبيع باق وانما انضاف اليه زيادة فصار كالمو باع عبداً فسن أو شجرة فكبرت فان قلنا لا يفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح ففسخ العقد *

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرها صحيحة لانها واقعة في ملكه وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف كما أن حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع تصرف المتهب وكما أن حق التملك للزوج بالطلاق لا يمنع تصرف الزوجة وفي التهمة وجه غريب عن ابن سريج أنها باطلة لان الشفيع حقاً لا سبيل الي إبطاله فاشبهه حق المرتن (واذا قلنا) بالشفعة فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب ونصه في القديم انه ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة فلا شفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة وان كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والاصداق فهو بالخيار بين أن ينقض تصرفه ويأخذ به الشقص بالبيع الاول فر بما يكون الثمن فيه أقل أو من جنس هو عليه أيسر وبين أن لا ينقض تصرفه به ويأخذ وعن أبي إسحق الروزي أنه ليس تصرف المشتري بأقل من ثمنه فكما لا ينقض

(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار وألحق به ما في معناه من اختلاط المبيع بغيره وذلك على مراتب (المرتبة الاولى) وعليها اقتصر في هذه القطعة من كلام المصنف. ان تكون الثمرة مبيعة فختلط بغيرها وذلك اما فيما يحمل حملاز واما فيما يحمل حملا واحدا وكن قد اشترى ما ظهر منها اما بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع ولم يتفق القطع ثم حدثت ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الاصل فاذا كان ذلك قبل ان يلقط المشتري ثمرة واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما فان للمشتري المتقدمة وللبائع الحادثة نص عليه الشافعي والاصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين. وان لم تتميز أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انشأت عليها حنطة أخرى وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما اشبه ذلك ففيه قولان اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) يفسخ البيع لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه واما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ولو سمح به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه وعين أخرى واذا ثبت ان المشتري لا يجبر المبتاع على القبض نقول البيع باطل وهذا القول منقول عن نصه في الام والاملاء على مسائل مالك رحمه الله فلو قال البائع انما اسمح بحقي فلا اثر لذلك على هذا القول والقول (الثاني) نقله الربيع وهو اختيار المازني انه لا يفسخ وقال الغزالي والرافعي في الحرر انه الاظهر وكذلك الجرجاني لما ذكره المصنف ولان الاختلاط بمنزلة العيب فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري قال هؤلاء والتسليم غير متعذر فانه يقبضه اكل ما كان كما لو أسلم في طعام جيد فاعطى أجود مما ذكره واردا منه ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضمومة الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد وقد قال المصنف رحمه الله ان الصحيح

الشفيع بناءه لا ينبغي أن ينقض تصرفه واختلفوا في موضع هذا الوجه منهم من خصه بما ثبت فيه الشفعة من التصرفات (أما) ما لا ثبت فيه فله نقضه لتعذر الاخذ به ومنهم من عمم وقال تصرفات المشتري تبطل حق الشفيع كما يبطل تصرف المشتري المفلس في حق الفسخ للبائع وتصرف المرأة في حق الرجوع الى العين اذا طلق قبل الدخول وتصرف المتهب رجوع الواهب نعم لو كان التصرف بيعا أو غيره مما ثبت فيه الشفعة تجدد حق الشفعة بذلك وعن رواية الشيخ أبي حنيفة عن أبي اسحق أنها لا تجدد أيضا لان تصرف المشتري اذا كان مبطلا للشفعة لا يكون مثبتا لها كما اذا تحرم بالصلاة ثم شك في رد نية وتكبيراً لا تنقذ بها الصلاة لانه يحصل بها الحل فلا يحصل انعقد ووجه ظاهر المذهب وهو أن للشفيع نقض تصرف المشتري لان حقه ثابت بأصل العقد فلا يتمكن المشتري من ابطاله ولا يشبه تصرف المفلس وتصرف المرأة في الصداق فان حق البائع والزوج لا يبطل بالكلية بل ينتقل الى

الاول وكذلك قال القاضي أبو الطيب والشاشي وابن أبي عصرون وعن صاحب التقرير حكاية قول ثالث ان العقد لا يفسخ ولا خيار ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده واستبعده الامام وحكاية الجوزي عن أبي سلمة والمروزي وحكي الروياني طريقة انه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولاً واحداً لان الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار قال وهذا أوضح (واعلم) ان ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضي ان التسليم لم يوجد ومن المعلوم أن القبض في الثمار بالتخلية لكن وان قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام فان البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب فالتسليم التام انما هو حين الجذاذ وشبه جماعة من الاصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعراض عن النعل فيما اذا اشترى دابة ونعلها ثم اطلع على عيب قال الامام ومسألة النعل ليست خالية عن خلاف وهذه التي نحن فيها أولى بالخلاف من تلك فان الزام المشتري بطوق منه البائع فيه بعد وفي هبة المجهول غوائل فالمسألة اذا مختلف فيها فان اجبرنا المشتري بسقط خياره والا فهو على تحيره وقد حكي الروياني فيما اذا انسلت حنطة على الحنطة المبيعة وسلم البائع الكل الى المشتري وجهين في اجبار المشتري على القبول وفيه تصريح بمساعدة الامام لكنه لم يحك خلافاً في مسألة الثمرة ومع حكايته الوجهين في الاجبار في مسألة الحنطة قال انه لا خيار للمشتري وهذا كلام متيح والصواب ان اذا لم يجبر المشتري على القبول فخياره باق وانه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة وقد صرح الامام في باب الخراج بالضمان بالوجهين في الاجبار في هبة الضمان وقال ان الأقيس عدم الاجبار على القبول وحكي الرافعي رحمه الله تعالى الوجهين هنا وقل ان الأصح سقوط خيار المشتري كما في مسألة النعل وقول المصنف في الثمرة فلم يأخذ وفي الحنطة فلم يقبض له معني ابنه عليه عن قرب وقوله حتى اشالت عليها

الثن أو القيمة والواهب رضى بسقوط حقه حيث سلمه اليه وسلطه عليه وههنا يبطل حق الشفيع بالكلية ولم يوجد منه رضى ولا تسليم قال الشيخ أبو علي ويجوز أن ينبني الوجهان على القولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد وطلقها قبل أن تختار الفسخ هل ينفذ الطلاق ووجه الشبه أن الطلاق يبطل حقها في الفسخ ولم تساط عاياه كما ذكرنا وحكي القاضي أبو الطيب عن القاضي الماسرخسي أنه لا ينقض تصرف الوقف وينقض ماعداه •

قال ولو تنازع المشتري والشفيع في العفو فالقول قول الشفيع * أو في قدر الثمن فالقول قول المشتري * أو في كون الشفيع شريكاً فالقول قول المشتري يحلف أنه لا يعرف له شريكاً * فان أنكر المشتري الشراء فان كان للشفيع بينة أخذ الشقص وترك الثمن في يده على رأى (و) إلى أن يقر * أو يحفظه القاضي في وجهه * أو يجبر المشتري على قبوله في وجهه * وان لم يكن له بينة فان أقر البائع

حنطة أخرى هو باطلاقة شامل لما اذا كانا معلومى انقدر اولا لكن صورة المسألة فيما اذا لم يكونا معلومى
 القدر على ماسياتى التنبيه عليه فى فرع عن الماوردى وقول المصنف رحمه الله تعالى (فان قلنا)
 لا يفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقرى العقد وأجبرنا المشتري على القبول كذلك
 صرح به الاصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما وقد تقدم عن الامام مافيه (وقوله) وان لم
 يسمح البائع فسخ العقد أى يفسخه الحاكم بينهما كذلك صرح به الاصحاب منهم الماوردى والقاضى
 أبو الطيب ولا يقال للمشتري ههنا انكر تسليم المبيع والتمن جميعاً الى البائع لئلا يفوز البائع بالعوض والمعووض
 وما ذكره المصنف من انفسخ عند امتناع البائع كالماتفق عليه بين الاصحاب على هذا القول وفي
 تعليق القاضى حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعى وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقریب *
 ﴿ فرع ﴾ لو ائثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطتا
 فان اصطاحا على شىء كان القول قول من الشىء فى يده فى قدر مال صاحبه قال أبو اسحق وصورته
 أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلط وأما فى مسألة الثمرة فالقولان جاريان سواء
 اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله وقال المزنى رحمه الله تعالى انما القولان فى
 المسألتين قبل القبض فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولاً واحداً وغلطه الشيخ أبو
 حامد وفرق هو والاصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمره ان قلنا بالقول الجديد انها
 من ضمانه فان كمال القبض فيها على البائع بدليل ان عليه السقى وبدليل انها لو عطشت كان للمشتري
 الخيار (قلت) ولهذا المعنى قال المصنف فى الثمرة فلم يأخذ وفى الحنطة فلم يقبض فلم يأت فى الثمرة بلفظ
 القبض بل بلفظ الاخذ والمراد به أخذها من على الشجرة واما القبض فمقدم على ذلك

بالبيع دون قبض الثمن سلم الثمن اليه وأخذ (و) بالشفعة فالحق لا يعدوها * وان قال قبضت الثمن فيقرر
 الثمن فى يده أو يحفظه القاضى * وقال لاشفعة ههنا لتعذر الأخذ بلا ثمن * ﴿

غرض الفصل فى الاختلاف وفيه مسائل (إحداها) إذا اختلف المشتري والشفيع فقال المشتري
 للشفيع عفوت عن الشفعة أو قصرت وسقط حقك وأنكر الشفيع فالقول قوله لأن الأصل بقاء حقه
 (الثانية) قال المشتري اشتريت بألف وقال الشفيع بل بنحو مسائة فالقول قول المشتري لأنه أعلم بالعقد
 الذى باشره من الشفيع ولأن الأصل بقاء ماله حتى ينتزع فيما يقر باستحقاق الانتزاع منه وكذلك
 لو كان الثمن عرضاً وتلف واختلفا فى قيمته فان نكل المشتري حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه
 وهذا إذا لم تكن بينة فان كان لأحدهما بينة قضى بها ولا تقبل شهادة البائع للمشتري لأنه يشهد
 لحق نفسه وفعل نفسه وفيه وجه أنها تقبل لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا بشهادته والتمن نأبت له باقرار المشتري

وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أوفى الجرين أو غيرهم لم يفسخ قولاً واحداً وإنما القولان بعد التخلية لان القبض لم يستقر ألا ترى ان الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقي كان للمشتري ردها بالعيب قاله القاضي أبو الطيب وغيره وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور انه يجب على البائع السقي وقد حكى القاضي حسين رحمه الله فيه وجهين وبناهما على ان الحاجة من ضمان البائع أو من ضمان المشتري وهو غريب في النقل ومثله في الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالي من ان الاختلاط في الثمار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح (فان قلنا) توضع كان كما قبل القبض والا فيتماسلان بالخصومة أو الاضطلاح فعلى ذلك لا يأتى على الجديد الا ان البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب اليه المزني وهو خلاف ما اطلق عليه العراقيون فقد تلخص في اختلاط الثمار انه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروياني في الحنطة ان يقال هنا انه يبطل قولاً واحداً وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وان كان بعد التخلية وقبل الاخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القوانين كما قبل التخلية واختار المزني والامام والغزالي على الجديد انه كما بعد الجذاذ فالمصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهي الصحيحة ومن اختارها القاضي حسين من الحراسانيين وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن انه لا فرق في جريان القوانين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده وهذا ضعيف جداً ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ *
﴿ فرع ﴾ لو باع الحنطة منه مكيالة وسامها اليه جزافاً ثم اختلطت بحنطة للبائع قال القاضي حسين يخرج على القوانين ﴿ فائدة ﴾ إذا انتهى الامر إلى الخصومة وقبول قول ذي اليد قال الامام سبيله في الخصومة أن لا يتعرض للبيع فانه إذا ادعى بيعاً في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الكلام إلى اختلاف المتبايعين في قدر المبيع *

ولو شهد للشفع فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه (أحدها) المنع لانه شهد على نفسه حيث يقول بعث بكذا وهذا ما أجاب به العراقيون (والثاني) القبول لانه ينقض حقه وهذا أسمع عند صاحب التهذيب (والثالث) أنه ان شهد قبل قبض الثمن قبلت شهادته لانه ينقض حقه اذا لا يأخذ أكثر مما شهد به وان شهد بعده لم تقبل لأنه يجرى الى نفسه نفعاً من حيث إنه اذا قبل الثمن قبل ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق وان أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله فعن الشيخ أبي حامد أن بينة المشتري أولى كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج (والاصح) ويحكى عن القاضي أبي حامد أنهما يتعارضان لأن النزاع ههنا فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه وعلى هذا فلا استعمال ههنا اما ان قلنا بالنساقط فكما لو لم تكن بينة وان استعملناها ههنا اما بالقرعة واما بالتوقف ولو اختلف البائع والمشتري

﴿ فرع ﴾ اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أولهما ثلاثة أوجه نقلها الإمام قال ابن أبي الدم ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فalcول قوله (وان قلنا) إنها في يدهما فلم يذكر الإمام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ولكل منهما تحليف صاحبه وفي كلفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف علي استحقاؤه النصف الذي يسلم اليه (والثاني) على استحقاؤه الكل والاول اصح وهذه المسألة مذكورة في دعاوى *

﴿ فرع ﴾ قد تقدم حكاية الخلاف في التصحيح في هذه المسألة وان الغزالي والرافعي قالا إن الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها ان البيع لا يصح فان كان التلاحق الطارىء غير مانع من التسليم بل هو عيب فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه وان كان مانعا من التسليم فينبغي إذا طرأ قبل القبض ينفسخ العقد كتلف المبيع *

﴿ فرع ﴾ قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف وهكذا هو في مختصر المزني وقال إن البائع بالخيار والغزالي والرافعي لم يذكر ذلك وإنما قالا إنه يثبت للمشتري الخيار قال الرافعي فان قال البائع اسمح في سقوط خيار المشتري وجهان والمفهوم من إثبات الخيار للمشتري أنه اذا لم يسمح البائع فالمشتري يفسخ وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم وأيضا قياس قول الرافعي ان ذلك من باب العيوب فيكون على الفور الا أن

في قدر الثمن فان ثبت قول المشتري فذاك وان ثبت قول البائع بالبينة أو باليمين المردودة فعلى المشتري ما ادعاه البائع والشفيع يأخذ بما ادعاه المشتري لاعترافه بأن البيع جرى بذلك والبائع ظالم بالزيادة فتقبل شهادة الشفيع للبائع ولا تقبل للمشتري لانه متهم في تقليل الثمن وان لم تكن بينة وتحالفا وفسخ البيع بينهما أو انفسخ فان جرى ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص أقر في يده وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع وان جرى قبل الاخذ ففي سقوط حقه الخلاف المذكور فيما اذا خرج معييا (فان قلنا) لا تسقط أخذه بما حلف عليه البائع لانه اعترف باستحقاق الشفيع الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل حقه ببطلان حق المشتري بالتحالف بل يأخذه منه وتكون عهده عليه وتكلموا في أنه لو لم يتحالف المشتري والشفيع تحالف البائع والمشتري وفرقوا بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) أن كل واحد من البائع والمشتري يدعى ويدعى عليه شيء فحلف كل واحد منهما من حيث هو مدعى وليس كذلك الشفيع والمشتري بل الشفيع مدع محض والمشتري مدعى عليه محض فاختص بالتحليف (والثاني) أن البائع والمشتري كلاهما

يسقطه البائع بترك حقه فلو لم يفعل وأخر المشتري الفسخ سقط حقه وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب (فائدة) قال الامام ولو اعترفا واختلاط بعد القبض بالتباس ورضيا بأن لا يفسخ العقد رجع الكلام الى الوقف والاصطلاح فقوله ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ وان كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك وانما يأتي هذا الكلام عند الاصحاب على أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانقاسخ فينبذاذا رضيا بأن لا يفسخ العقد يرجع الامر الى الاصطلاح كما بعد القبض *

(فرع) هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره اذا بلغ نهايته لم يخرج الى شرط القطع ولو كان البعض صفارا والبعض كبارا فانه يترك حتى يتلاحق فان كان الكل صفارا لم يجز الا بشرط القطع فلو باع في الحالتين ثم ظهر شي آخر واختلط بالمبيع جرى القولان وكذلك الحر بروه البطح وهو القثاء والخيار وكل ماله حمل بعد حمل علي ما ذكره المزني والأصحاب فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا *

مباشر للعقد والاحتمال في قولهم علي السواء وههنا الشفيع أجنبى عن العقد فكان تصديق المباشر أولى (والثالث) قال أبو اسحق كل واحد من البائع والمشتري يرجع الى شيء بعد التحالف هذا الى المبيع وذلك الى الثمن (وأما) الشفيع والمشتري لو تحالفا لم يرجع الشفيع الى شيء فلا فائدة في تحليفه (الثالثة) لو أنكر المشتري كون الطالب شريكا فالقول قوله مع يمينه وانما يحلف علي نفى العلم بشركته لا على نفى شركته فان نكل حاف الطالب علي البت وأخذ بالشفعة وكذلك الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب علي ملكه (الرابعة) إذا كانا شريكين في عقار فغاب أحدهما ورأينا نصيبه في يد ثالث فادعي الحاضر عليه أدك اشتريته ولى فيه حق الشفعة فلا يخلو إما أن يكون للمدعى بينة على دعواه أو لا يكون (القسم الأول) أن تكون له بينة فيقضى بها ويأخذه بالشفعة ثم إن اعترف المدعى عليه سلم الثمن اليه والا فترك في يد المدعى إلى أن يقر المدعى عليه أو يأخذه عنه القاضي ويحفظه أو يجبر علي قبوله أو الإبراء فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الاقرار وغيره ولو أقام المدعى بينة وجاء المدعى عليه بينة على أنه ورثه أو التهبه فالبينتان متعارضتان وان جاء بينة على أن ذلك الغائب أودعه إياه أو أعاره فان لم يكن للبينتين تاريخ للايداع فلا منافاة فيقضى بالشفعة لأنه ربما أودعه ثم باعه وان سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده بلفظ الايداع فاعتمده الشهود قال الشيخ أبو حامد ولا احتمال أنه تعذر علي المشتري تسليم الثمن فقال له البائع أودعتك ما بي يدي من هذا العقار إلى أن تسلم الثمن نعم لو انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الايداع لاحقاً وذكر الشهود أنه أودعه وهو ملكه فههنا يراجع الشريك القديم فان قال إنه

(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف * لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض وكان أحدهما معلوم القدر وذلك باحد ثلاثة أوجه (أما) أن يكون كلامهما معلوم الكيل (وأما) أن يكون المبيع منهما معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (وأما) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع . فإذا كان المبيع معلوم القدر باحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر وتميز القدر يمنع من الجهل وهو أقوى المقصودين فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الأجزاء فصار عيبا يوجب الخيار فوجب أن يكون البيع جائزا والمشتري الخيار فان فسخ رجع بالثمن وان اقام صار شرى كالبائع على قدر الحصة * وان كان الطعامان متماثلين القيمة تقاسما كالا وان كان مختلفا القيمة بيع وكنا شرى كين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين لا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا على الحصة دون القيمة فيجوز * ذكر هذا الفرع بكلامه المأوردى وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف في الانقاسخ إنما يكون عند الجهل بالمقدار ولذلك قيدت كلام المصنف فانه مطلق والله أعلم * وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما البثار فلا تكون إلا بمجهولة المقدار والله أعلم *

وديعة سقط دعوى الشراء وان قال لاحق لى فيه قضى بالشفعة (والقسم الثانى) أن لا يكون له بينة فالمدعى عليه في الجواب أحوال (أحدها) أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه كما ادعى المدعى فهل المدعى أخذه فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لأنه اعترف بسبق ملك الغائب ثم ادعى انتقاله اليه فلا يقبل قوله في الانتقال فعلى هذا يوقف الأمر حتى يكتب ويبحث هل هو مقر بالبيع (والثانى) وهو الأظهر نعم لتقارها على البيع ويكتب القاضى في السجل أنه أثبت الشفعة بأقرارها فإذا قدم الغائب فهو على حجة (الثانية) أن ينكر أصل الشراء فالقول قوله مع يمينه ثم ينظر ان اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه تسليمه اليه حاف كذلك ولم يلزمه التعرض لنفى الشراء وان قال في الجواب لم اشتريه بل ورثته أو أنه يمتنه فيحاف كذلك أم يكفيه الحاف على أنه لا يستحق الشفعة فيه وجهان كما ذكرنا في دعوى عيب المبيع * وان نكل المدعى عليه حلف الطالب واستحق الشقص وفى الثمن ما تقدم من الوجوه * هذا إذا أنكر المشتري والشريك القديم غير معترف بالبيع فان كان معترفاً والشقص فى يده نظر ان لم يعترف بقبض الثمن فى الشفعة وجهان (أصحهما) ثبوتها وبه قل أبو حنيفة وأحمد والزننى لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشتري وحق الشفيع فلا يبطل حق الشفيع بانكار المشتري (والثانى) وبه قل مالك أنها لا تثبت لأن الشفيع يملك على المشتري وهو منكر فلا يثبت ما يتفرع عليه ويروى هذا عن ابن سريج (فان قلنا) بالثبوت فالى من يسلم الثمن فيه وجهان (أظهرهما) وهو المذكور فى الكتاب الى البائع وتكون عهده عليه لأنه يتلقى الملك منه فكان الشفيع فى هذه

(فرع) قد تقدم انه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد والعقد صحيح بحاله وكذلك الثمر اذا كان بعد الجذاذ فان كان قدر الطعام أو الثمر معلوما باحد الاوجه التي مضت تقاسمها على ما تقدم وان كان قدر الطعام مجهولا والفرض انه بعد القبض فلا يفسخ العقد وإن تراضيا على شيء وانفق عليه جاز واقسامه على ذلك وان اختلفا فان كانت صبرة المشتري قد انشأت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ماله مع يمينه لان اليد له وان كانت صبرة البائع انشأت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه. وقل المزني القول قول البائع لأن يده قد كانت على الطعامين معا وكان اعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد قال الماوردي وهذا خطأ لأن ماوجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى ان تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت) والحواب لما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني ان تكون اليد للبائع فقد تكون صبرته في يد غيره والله أعلم *

(فرع) لو صدر الخطأ من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الام *

الصورة هو المشتري (والثاني) أنه ينصب القاضي أمينا يقبض الثمن من الشفيع للمشتري ويدفعه إلى البائع ويقبض الشفيع من البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع وهذا يستمد من أحد الوجهين في أن الأخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشتري الشفيع وإذا أخذ البائع ثمن الشفيع فهل له مخاصمة المشتري ومطالبة بالثمن فيه وجهان لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة والرجوع بالدرك عليه أسهل (إن قلنا) نعم وحالف المشتري فلا شيء عليه وإن نكل حالف البائع وأخذ الثمن من المشتري وكانت عهده عليه وما أخذه من الشفيع يترك في يده أم يؤخذ ويؤتف فيه وجهان هكذا أورده صاحب التهذيب وفي الشامل أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع فإن رضى فليقنع بما أخذ وهذا أحسن * وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن (فإن قلنا) لاشفعة فيما إذا لم يعترف بالقبض فهنا أولى وإن أثبتنا الشفعة هناك ففي هذه الصورة وجهان (أظهرهما) الثبوت ثم الثمن يترك في يد الشفيع أو يأخذه القاضي ويحفظه أو يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه فيه الأوجه السابقة (والثاني) ويحكي عن أبي إسحق وابن أبي هريرة أنها لا تثبت لأن الشفيع لا يأخذ إلا بالثمن ولا يمكن صرف الثمن ههنا إلى المشتري ولا إلى البائع (الثالثة) أن يقول في الجواب اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي فينظر في المضاف إليه أهو حاضر أم غائب بالغ أو صبي ويكون الحكم فيه ماسياتي في الدعاوى * وقوله في الكتاب سلم إليه الثمن وأخذ كلاهما معلوم - بالواو - لما ذكرنا من الخلاف في الأخذ بالشفعة وفيمن

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبغي ان على تافه المبيع في يد البائع قبل القبض لا خلاف انه يفسخ العقد ولأى معنى يفسخ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالاول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا لأنه يمكنه تسليم الكل قال ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) اذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر يفسخ العقد لوجود المعين وان وقعت في وادي ان قلنا بالاول انفسخ (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض أو حنطة فاشالت عليها حنطة أخرى للبائع ان قلنا بالاول انفسخ (ومنها) اذا باع عبدا فأبقى قبل القبض عامة اصحابنا على ان البيع لا يفسخ وقال أبو يعقوب كل الايوردي يفسخ قال القاضي ويمكن تحريمه على المعنيين وكذا لو نهبه التركن أو غاروا عليه قبل القبض (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه فانه إن أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ومأيوس منه وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأيوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قل الروياني في البحر انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز

يسلم اليه الثمن على تقدير الأخذ (وقوله) فيقرر الثمن في يده أو يحفظه القاضي إشارة إلى الخلاف الذي ذكره مرة وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة والله أعلم *

قال ﴿ الطرف الثالث في تزامم الشركاء ﴾ فاتفوا في الطلب وتساوت حصصهم وزع عليهم بالسوية • وان تفاوتت حصصهم فقولان في أنه يوزع على قدر الحصص • (حو) أو على عدد الرؤس والجديد على أنه على قدر الحصص • ولو باع أحد الشريكين نصيبه من شخصين في صفقتين متعاقبتين فالمشترى الأول هل يشارك الشريك القديم في أخذ مضمون الصفقة الثانية وملكه في نفسه معرض للنقض ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يأخذ القديم نصيبه فلا يساهمه (ح) أو يعفو عن صفقته فيستقر شركته فيساهم فيه •

الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور (الأول) أن يتفق الشركاء على الطلب (والثاني) أن يطلب بعضهم ويعفو بعضهم (والثالث) أن يحضر بعضهم ويغيب بعضهم وسبيل ضبطها إما أن يكون كلهم حضور أو لا يكون كذلك ان كان الأول فاما أن يتفقوا على الطلب وهو الأمر الاول أو على الترك وشأنه هين أو يطلب بعضهم ويترك البعض وهو الثاني وان كان الثاني فاما إن كانوا غائبين جميعاً وهو متروك لوضوحه أو كان بعضهم غائباً والبعض حاضراً وهو الثالث (أما) الأول فتقدم عليه أن تعدد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداء بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة

فالمذهب انه يبطل البيع قال وتنفارق الحنطة لان هناك الاشاعة لم تمنع البيع وههنا الاشتباه مانع من العقد وقيل لا يبطل لانه يمكنه التسليم بان يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع الانسان قال وهذا لا يصح لان الشرط في القبض ان يتسلط به على المقبوض ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة (قلت) قوله المذهب انه يبطل البيع ان اراد الترجيح في الجملة فالحنطة والتمر كذلك وان اراد انه يبطل قطعاً بخلاف الحنطة والتمر لما لحظه من معني الاشاعة والاشتباه فقد يقال ان ذلك لا يستقيم لأن الخلط ههنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفلاس وغيره لكان المذهب هنا انه لا يفسخ العقد بالاختلاط لأن المذهب هناك انه يصير مشتركاً وأيضاً فكان يفصل هنا بين ان يكون الخلط بالمثل والارداً او بالوجود كما هو مفصل هناك لكن المذهب ههنا انه يفسخ العقد ولم يفصل أحد بين ان يكون الخلط بالاجود أو بالمثل فدل علي الفرق بين البابين وان الخلط انما يقتضي الاشاعة اذا كان بعد القبض أما قبل القبض كمسألة تناهذه فالملك غير مستقر فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلاس ان البائع لا يرجع في المبيع اذا خلط مطلقاً وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ولو كان قول

فباع أحدهم نصيبه فتثبت الشفعة للباقيين وقد يحصل في الدوام بأن يكون الاستحقاق لواحد فمات تثبت الشفعة لورثته وعند أبي حنيفة وأحمد حق الشفعة لا يورث * لنا قوله عليه السلام «من ترك حقاً فهو لورثته» وأنه حق لازم مالى فأشبه الرد بالعيب * إذا تقرر ذلك في الفصل مسألتان (إحداها) أن المستحقين للشفعة إن تساوت حصصهم كدار بين ثلاثة فيأخذون الشقص بالسوية وان تفاوتت حصصهم كما إذا كان لأحد الثلاثة نصفها والثاني ثلثها والثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فقولان (أصحها) وبه قال مالك أن الشفعة على قدر الحصص فيقسم النصف بينهما أثلاثاً لأن الشفعة من مرافق الملك فيقدر الملك كحسب العبد المشترك والنتاج والثمار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني أنها على عدد الرؤس فيقسم النصف بينهما بالسوية لأن سبب الشفعة أصل الشركة فأشبهه أجرة الصكاك وعن أحمد روايتان كالقولين واحتج المزني للقول الثاني بثلاث مسائل (أحداها) أنه إذا اشترك ثلاثة في عبد على النفقات فأعتق اثنان نصيبهما وهما موسران يفرمان نصيب الثالث بالسوية (والثانية) لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه سوى الشافعي بين الأخ والعلم في الشفعة مع تفاوت حصصهم (والثالثة) قال الشافعي فيما إذا مات

(١) حديث عليه السلام من ترك مالا فلورثته تقدم في الضمان (تنبيه) أورده الرافعي هنا بلفظ من ترك حقاً ولم أره كذلك *

الاشاعة ملاحظا في مسألة اختلاط الثمرة والخنطة لكننا نقسم ذلك بين البائع والمشتري ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم وإنما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخير نعم معنى الاشاعة يجب ان يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض في الخنطة وبعد الجذاذ في الثمرة وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقریب وان كان لم يتعرض الاشاعة ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الاصحاب من فصل الخصومة لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردي فيما اذا كان المقدار معلوما ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنده كره ان شاء الله تعالى في باب الفلس والغصب والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ففيه طريقان قال أبو علي بن خيران وأبو علي الطبري لا ينفسخ العقد قولا واحداً بل يقال إن سمح أحد كما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى داراً وفيها طعام البائع وطعام للمشتري

الشفيع قبل أن يأخذ فلورثته أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد امرأته وابنه في ذلك سواء (والجواب) (أما) مسألة العتق فمن الأصحاب من لم يسلمها وجعلها على القولين ومنهم من سلم وفرق بأن ذلك ضمان إتلاف والنظر فيه إلى المتلفين لا إلى حال الاتلاف وهذا فائدة من فوائد الملك فيتقدر بقدره (وأما) المسألتان الأخيرتان فهما من باب الشفعة فنشرحهما ثم نذكر اعتذار من نصر القول الاول (أما) الأولى فلشافعي فيها قولان (القديم) وبه قال مالك أن الأخ يختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الاخ لانهما ملكا بسبب واحد ولهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم وإذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني أنهما يشتركان في الشفعة لاشتراكهما في الملك والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك لا إلى سبب ملكه لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف فعلى هذا يوزع على الاخ والعم بالسوية أم على قدر الحصص فيه القولان وقال الامام قضية المذهب القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص لأن القول باستحقاقهما هو الجديد ولا تردد على الجديد في أن الشفعة على قدر الحصص والتوزيع على الرأس هو القول القديم وفي القديم لاشفعة للعم في المسألة وفي هذا الذي ذكره نزاع سنورده من بعد (وإذا قلنا) باختصاص الأخ بالشفعة فلو أنه عفا هل تثبت للعم فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لانه لو كان مستحقاً لنقدم غيره عليه (والثاني) نعم لأنه شريك وإنما يقدم الاخ عليه

فاختلط أحد الطعامين الآخر فان البيع لا يفسخ في الدار وقال المزني وأكثر أصحابنا أنها على قولين
كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع وإن اشترى رطبة بشرط
القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً بل يقال
للبيع أن سمحت بمحكك أقر العقد وإن لم تسمح ففسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره وإنما زاد المبيع
في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزلاً فسمن الثاني وهو الصحيح أنه على قولين
أحدهما لا يفسخ البيع والثاني يفسخ ويخالف السمن والكبر في العقد فإن تلك الزيادة لا حكم
لها ولهذا يجبر البائع على تسليم العقد مع السمن والكبر وهذه الزيادة حكم ولهذا لا يجبر البائع على
تسليمها فدل على الفرق بينهما *

(الشرح) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط
(أحدها) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضاً فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع
من الثمرة حمل * إذا اشترى شجرة وعاليها حمل للبائع بأن كان مؤبراً أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى
حدث حمل المشتري واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حاملين أما ما يحمل مرة في العام
فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة ذلك العام للبائع * إذا عرف ذلك قال
الأصحاب فإن كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع والحمل الحادث
للمشتري لأنه حدث في ملكه وإن لم يتميز فقد نقل المزني عن الشافعي قولين كما تقدم في المرتبة الأولى

لزيادة قربه فإذا سقط حقه استحق العلم كما أن المرتبة يتقدم على سائر الغرماء في الموهون ثم إذا سقط
حقه تمسك به الباقيون وهذا الخلاف راجع إلى أن العلم على القول القديم ساقط عن الاستحقاق أو
مزعوم بالآخر والقولان في مسألة الآخر والعلم جاريان في كل صورة ملك شر بكان بسبب واحد وغيرها
من الشركاء بسبب آخر فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه في قول الشفعة لصاحبه خاصة وفي
قول الكل مثاله كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه ثم باع أحدهما نصيبه
أو مات مالك الدار عن ابنين وأختين فباع إحدى الأختين نصيبها في من له الشفعة وجهان عن
ابن سريج (أحدهما) أنه على القولين في قول هي للأخت الأخرى وفي قول لهن جميعاً (وأظهرهما)
القطع باستحقاقهن جميعاً لأن سبب ملكهن واحد وإنما الاختلاف في مقادير الملك (وأما) الثانية فإذا
مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة كما تقدم وفي كفيته ثلاثة طرق (أحدها) أن في كون
الشفعة بينهما على الرأس أو على قدر المواريث القولين (أظهرهما) وبه قال صاحب الإفصاح والشيخ
أبو حامد القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث والطريقان مبنيان على خلاف الأصحاب في أن

واختلف الاصحاب في ذلك على طريقين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى (احدهما) طريقة ابن خيران وأبي طلي الطبري في الأفصاح القطع بعدم الانفساخ ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعي رحمه الله تعالى ولا نص عليها ولا تجيء على مذهبه أيضا بل البيع صحيح بكل حال قال وقد نكت ابن خيران وما قصر وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلى ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردي قال ان ما قاله ابن خيران أصح جواباً ونعليلاً وان كان نقل المزني صحيحاً قال والاذعان للحق أولى من نصره ماسواه وقال القاضي أبو الطيب عن ابن خيران والطبري انهما قالان الذي في مختصر المزني نقله في الأم فوق العلط في النقل من مسألة بيع الثمرة إلى مسألة بيع الأصول واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بان الاختلاط ليس في المبيع فصار كما لو اشترى رجل ثماراً وتجددت ثمار في يد البائع وتعيبت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار قال الامام وهذا القياس الذي لا يسوغ غيره ومن صح هذه الطريقة الخوارزمي في الكافي (والطريقة الثانية) وبها قال المزني وأواسحق المروزي ونسبها القاضي أبو الطيب كما نسبها المصنف الى أكثر أصحابنا انها على القولين قال هؤلاء ونحن وان لم نعلم نصه عليها فان المزني ثقة فيما نقله عنه وفي المسألة مالا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) ان فيها يقال للمبتاع أسمع فان سمح والا قيل للبائع أسمع فلولا ان المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح ان يقال لكل منهما أسمع (والثاني) انه قال تكون الخارجة للبائع والحادثة للمشتري فدل على ان المعقود عليه هو الشجر ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقود عليه وان كان هو الشجر فان المقصود منها الثمرة فاذا اختلطت

ورثة الشفيع يأخذون لأنفسهم أوله وروث ثم يتلقون منه (فان قلنا) يأخذون لأنفسهم عاد القولان في المسألة (وان قلنا) يأخذون للميت قطعنا بانهما يأخذان على قدر الميراث والثاني يوجه بأنهم لو أخذوا لأنفسهم لأخذوا بالملك وانما يحصل ملكهم بالارث وهو متأخر عن الشراء والملك المتأخر لا يفيد ولازلة الشفعة (والطريق الثالث) القطع بالتسوية لأن الموروث من الشفيع حق تملك الشقص لا الشقص ومجرد الحق قد يسوى فيه بين الورثة كحد القذف هكذا حكاه ووجهه الشيخ أبو الفرج السرخسي * اذا عرفت المسالتين فمن نصر قول التوزيع على الحصص قال في المسألة الأولى (ان قلنا) بطريق القولين فلا فرق ولا احتجاج وعلى ما ذكره الامام الحكم في المسألة غير ما احتج به جزماً فلا يصح الاحتجاج به أصلاً ولكن الذي ذكره مبني على أن الجديد هو التوزيع على الحصص والأكثر عكسوا ذلك وقالوا القولان معاً منصوبان في الام والتقديم منهما هو التوزيع على الحصص ولذلك اعترضوا على ابن القاص ومن اثبت قول التوزيع في المسألة تقريباً على ثبوت الشفعة للأخ والم جميعاً بان الشفعة انما ثبتت لهما في الجديد وفي الجديد التوزيع على عدد الرؤس فلا يجيء فيهما الا قولان التخصيص

الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع فهو كما لو اختلط المبيع بغيره قال الشيخ أبو حامد وهذا قريب غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالاصالة فلامعنى لقول هذا القائل أن فيها ما لا يحتمل التأويل (قلت) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل وأما إسقاط ابن خيران فيجواب عنه بأن المزني ثقة وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق إلا أن تقول أن المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى فإنه ينفي الجزم بخطائهما وأعلم أن هؤلاء الأئمة على جلاتهم واطلاعتهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل إلا بتعسف عظيم فإنه قال في آخر باب تمر الحائط يباع أصله وما أثمر في السنة مرارا فيبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها فإذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلم يشترى الأصل وصنف من الثمرة مكان يخرج منه الشيء بعد الشيء حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع وكان للمشتري ما حدث فإن اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجوز البيع فيه إلا بأن يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة فيكون قد ترك له حقه (والقول الثاني) أنه يفسد البيع من قبل به وإن وقع صحيحا فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع ما لم يقع عليه وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة فاشتراط البائع لنفسه تلك الأغصان فإنه كالثمره غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه فيشترط فيها القطع على النص فيصح أن يقال إن المبيع قد اختلط بغيره وهذا تكلف

بالأخ والتسوية بينهما ذكر هذا الاعتراض القفال في كثير من الأئمة (وأما) المسألة الثانية فمن قال فيها بالقولين قال الذي ذكرناه أحد القولين وسقط الآخر ومن قطع فيهما بالتفاوت اختلفوا فمنهم من لم يثبت ما نقله المزني ومنهم من حمّله على التسوية في أصل الاستحقاق دون المقدار المستحق (وقوله) في في الكتاب والجديد أنه على قدر الحصص معلوم - بالحاء والزاي - وجعل هذا القول جديدا اتباعا لما ذكره الامام وفيه ما ذكرنا عن الأولين وكانهم لما رأوا القولين منصوبين في الجديد وأحدهما هو التوزيع على الحصص منصوب في القديم رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق فخصصوه به (المسألة الثانية) دار بين اثنين مناصفة باع أحدهما نصف نصيبه من انسان ثم باع النصف الثاني من آخر فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك القديم ولا يخلو الحال أما أن يعفو عنه أو يأخذه أن عفا فهل يشاركه المشتري الأول في النصف الثاني فيه وجهان (أحدهما) لا لأن الشريك القديم مسلط على ملكه فكيف يزاحمه به (وأصحهما) نعم لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية واستقر بعفو الشريك القديم فيستحق به وقطع قاطعون بهذا الوجه وإذا قلنا به فيأخذان بالتسوية أم بحسب الحصتين فيه القولان السابقان * وإن أخذ الشريك

بعيد وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص علي القولين في الأم ورد علي ابن خيران مذهبا وحجاجا وذكر الامام عن القائلين بهذه الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة في يد البائع بأن الاختلاط بسببه بقاء ثمرة البائع على الاشجار وعلى البائع في الجملة تخليصة المبيع للمشتري فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه وقرب ذلك من نقل الاحجار المودعة في الارض ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الامتعة وفي البحر أن ابن خيران تأول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة ثم ظهرت الحادثة فاختلفت بها وهنا يختلط المبيع بغير المبيع فهي مسألة القولين وغلطه في هذا التأويل بان هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشتري واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قال الشيخ أبو حامد ولا أعرف شجرة تحمل حمليين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة الا التين فانه يحمل النور وذي ثم يحمل بعده في الوقت وقد قال

القديم النصف الأول ففي مشاركة الأول إياه في النصف الثاني وجهان أيضاً قر بوهما من الخلاف فيما إذا باع الشفيع ملكه وهو جاهل بالشفعة هل يبقى له الحق لأنه زال ملكه ههنا بالقهر كما زال هناك بالجهل (والأصح) أنه لا يشاركه وقطع به بعضهم وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب (أحدها) أن الشريك القديم والمشتري الأول يتساويان في النصف الثاني بكل حال (والثاني) يختص به الشريك القديم بكل حال (والثالث) يفرق بين أن يعفو عن النصف الأول أو لا يعفو وهو الظاهر والمحكي عن أبي حنيفة في المسألة يوافق الوجه الاول *

قال ﴿ وان عفا أحد الشريكين وجب على الثاني أن يأخذ الكل (و) لان أخذ البعض إضرار بالمشتري • وان عفا شريك واحد عن بعض حقه سقط (و) كله • كالعفو عن الفصاص فانه لا يتجزأ نظراً للمشتري • وان كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن حذراً من التبعض • فاذا رجع الثاني شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن اليه وعهده عليه • وإذا جاء الثالث قاسمهم جميعاً ﴾ *

الامر الثاني يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم ونبتدىء فيه بما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعض حقه وفيه وجوه (أصحها) وهو المذكور في الكتاب أنه يسقط جميعه لان البعض لا سبيل اليه لما فيه من الاضرار بالمشتري فاذا سقط بعضه سقط كله كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه (والثاني) لا يسقط شيء لان التبعض قد تعذر وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات فيغلب فيها جانب الثبوت وأيضاً فانه لم يرض بترك حقه وانما عفا عن البعض ليأخذ الباقي فصار كما لو عفا عن بعض

غيره ان النارنج والأترج والزانج أيضا يحمل حمائين وقد بلغني عن نوع من التفاح والبادنجان والبطيخ والقشاء ونحوها كالتين وأجاب الاصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النخل انه يحمل حملا واحدا فاذا كان بعض حملة للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله والتين يحمل حمائين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثمرة النخل في العام القابل (قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا ان ثمرة العام كلها للبائع فقد ورد ان نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي ﷺ له فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة فاذا كان أحد الحمائين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثاني الاول وان كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضي اعتبار العام فينبغي ان يقول على ذلك سؤال قال الاصحاب (ان قيل) هلا قلتم الحمل الثاني تابع للاول كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود (فالجواب) ان في الطلع وجهين

حد القذف (والثالث) أنه يستط ماعفا عنه ويبقى الباقي لانه حق مالي قابل للاقسام وعن الصيدلاني أن موضع هذا الوجه ما إذا رضى المشتري بتبعض الصفقة عليه فان أبي وقال خذ الكل أو دع الكل فله ذلك قال الامام وهذه الوجوه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور فان حكمنا به فطريقان (منهم) من قطع بأن العفو عن البعض تأخير في طلب الباقي (ومنهم) من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي وأجرى الوجوه ويدنو الاول أن صاحب الشامل ذكر أنه لو استحق شـ قصا بالشفعة فجاء وقال آخذ نصفه سقطت شفعته في الكل لانه ترك طلب النصف إذا تقرر ذلك فلو استحق الشفعة اثنان فعفا أحدهما عن حقه ففيه أربعة أوجه (أحدها) ويحكي عن ابن سريج أنه يستط حقهما جميعا كما لو استحق اثنان القصاص فعفى أحدهما (والثاني) لا يستط حق واحد منهما كما ذكرنا في الصورة الاولى لانه لا يسقط شيء فغلبنا جانب الثبوت (والثالث) أنه يستط حق العافي وليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه لان العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشتري كما لو عفوا جميعا وليس المشتري أن يلزمه أخذ الجميع (والرابع) وهو الاصح أن حق العافي يسقط ويثبت الحق بكماله للثاني فان شاء ترك الكل وان شاء أخذ الكل وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو لما فيه من تبعض الصفقة على المشتري هذا هو الوجه المذكور في الكتاب (وقوله) وجب على الثاني أن يأخذ الكل أراد به أنه ان أخذ أخذ الكل لا الحصة إلا أنه يلزمه الاخذ هذا اذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء (أما) اذا ثبتت لواحد ومات وورثه اثنان فعفا أحدهما فهو كما لو ثبتت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها أو ثبتت لاثنيين فعفا أحدهما فيه وجهان (أظهرهما) الثاني قول الامام والخلاف

والفرق ان الطالع الحادث من جملة هذا الطالع الموجود لأنه ليس له الاحمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه وليس كذلك الحمل الثاني مع الحمل الاول *

﴿ فرع ﴾ قال المتولى في هذه المسألة ان عدم الانفساخ هو الصحيح يعنى من طريقة القولين وفي مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئا والذي صححه ابن أبي عصرون في هذه المسألة من طريقة القواين القول بالانفساخ كما صحح ذلك في مسألة اختلاط الثمار المبيعة *

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا يفسخ العقد فلا تفرع عليه (وان قلنا) يفسخ قال القاضي أبو الطيب فمن سمح منهما أجبر الآخر علي قبوله وان امتنعا فسخ الحاكم بينهما كذلك قال القاضي أبو الطيب وهو مفهوم المصنف رحمه الله قال الماوردي على ما يقتضيه مذهب ابن خيران ان تراضيا واتفقا علي قدر الحادثة من المتقدمة والا فالقول قول صاحب اليد ولا يفسخ البيع لأنه لا يجهل لما حدث تأثيرا في البيع وهذا الذي قاله الماوردي أحسن وأدخل في المعنى الذي لحظه ابن خيران لأن الاختلاط في غير

بناء علي ما سبق أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه أو يتلقاها عن المورث (واعلم) أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفع عن بعض حقه ولعفو أحد الشفعين عن حقه الا الوجه الصائر الى استقرار العفو عنه جلي المشتري فانهم لم يذكروه في عفو الشفع عن بعض حقه فبه يحصل الافتراق وأيضا يفترقان في الاصح * ولو كان لاشتص شفعان مات كل واحد منهما عن ابنين فعفا أحدهما (فان قلنا) عفو الوارث كعفو الشفع عن بعض حقه ففي وجه يستط الكمال كما كان وقياس الوجه الثالث في عفو الشفع عن بعض حقه أن يسقط حق العافي وأخيه ويأخذ الآخران (وان قلنا) كعفو أحد شفعي الاصل عاد الوجه الاول والثاني وفيه وجه ثالث وهو أنه ينتقل حق العافي الى الثلاثة فيأخذون الشقص أثلاثا ووجه رابع وهو أن حق العافي يستقر للمشتري وكل واحد من الثلاثة يأخذ الربع ويحجى في هذه الصورة وجه خامس وهو أن حق العافي ينتقل الى أخيه خاصة بناء على القول القديم في مسألة الاخ والعم *

﴿ فرع ﴾ مات الشفع عن اثنين وادعى المشتري عليهما أنهما عفوا فلقول قولهما مع البين وتكون البين على البت بخلاف ما اذا ادعى أن أباهما عفا عن الشفعة فانكرا فانهما يحلفان على نفي العلم ثم ان حلفا أخذوا وان ذلكا حاف المشتري ويبطل حقهما وان حاف أحدهما دون الآخر قال ابن الحداد ليس للمشتري أن يحلف لانه لا يستفيد بيمينه شيئا فانه وان ثبت عفو أحدهما ينتقل الحق الى الثاني وهذا جواب علي أنه اذا عفا أحد الشريكين كان للآخران يأخذ الكل وهو الأصح (أما) اذا قلنا ان حق العافي يستقر على المشتري فيحلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل ثم الوارث

المبيع لأثره وكذلك صرح به المحاملي بعبارة تقتضي أنه منقول عن ابن خيران فإنه قال وقال ابن خيران المسألة على قول واحد أن البيع لا يبطل ولكن يقال لكل منهما اسمح بترك ثمرتك فإن سمح أجبر الآخر على القبول وإن لم يسمح نظر فإن كانت الشجرة والثمرة في يد البائع كان القول قوله في قدر ما يستحقه المشتري منها وإن كانت في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه منها • وكذلك الإمام قال أنه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار وبما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضي أبي الطيب منافاة ولا منافاة بينهما فقد بين الروياني ذلك ونقل القول بالفسخ عن نصه في الاموعن ابن خيران أنه إذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من في يده كما قاله المصنف والقاضي أبو الطيب تفرعاً على القول بعدم الانقاسخ من قولي طريقة الخلاف ومأقوله الماوردي والمحاملي والإمام تفرع على طريقة ابن خيران فقط فكلام أبي الطيب لا يراد عليه إلا من جهة كونه أطاق ذلك على قول عدم الانقاسخ وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولي طريقة الخلاف وكلام المصنف لا يراد

الخالف لا يستحق الكل بذكول أخيه ولكن ينظر أن صدق أخاه على أنه لم يعف فالشفعة بينهما وإن ادعى عليه العفو وأنكر الناكل عرضت عليه البين لدعوى أخيه وإن نكل في جوابه أيضاً حاف المدعى على أنه عفا وحينئذ يأخذ الكل قال وإن كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن حذاراً من التبعض فإذا رجع الثاني شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن إليه وعهدته عليه فإذا جاء الثالث قاسمها جميعاً (الامر الثالث) أن يحضر بعض الشركاء دون بعض فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية فباع أحدهم نصيبه وثبتت الشفعة للباقيين ولم يحضر إلا واحد فليس له أخذ حصته من الشقص لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتتفرق الصفقة على المشتري ولا يكاف الصبر إلى أن يحضرا ولكنه يخير بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل وهل له تأخير الأخذ إلى حضور الشريكين إذا جعلنا الشفعة على الفور فيه وجهان (أحدهما) وبه قال ابن أبي هريرة لأنه لا يمكنه من الأخذ (وأصحها) عن الشيخ أبي حامد ويحيى عن ابن سريج وأبي اسحق نعم لأنه تأخير بلعذر لأن له غرض ظاهر في أن لا يؤخذ ما يؤخذ منه وإذا أخذ الكل ثم حضر أحد الغائبين أخذ منه النصف بنصف الثمن كما لو لم يكن الاشفيعان فإذا حضر الثالث فله أن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده وحينئذ يحصل الاستواء ويستقر ملكهم ثم للمسألة فروع (منها) إذا خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب المفروض في العهدة وجهان (أحدهما) أن عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه (والثاني) أن رجوع الاول على المشتري يسترد منه كل الثمن ورجوع الثاني على الاول يسترد منه النصف ورجوع الثالث على الاولين يسترد من كل منهما ما دفع إليه

عليه قوى لانه نقل قول ابن خيران وفرع عليه انه يقال من سمح منكما أقر العقد فافهم انه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القوانين وقالها تفرعاً علي عدم الانساح كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبي الطيب والله أعلم *

(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى انه لا مزية في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري وكلامه في التنبيه يقتضي انه يبدأ بالبائع وكلام الماوردي يقتضي البداءة بالمشتري والاقرب التسوية كما أشار اليه في المذهب وان من بدأ بالقول البائع أو المشتري لم يقل ذلك على أنه متحتم بل على جهة المثال وليس كذلك كلبداءة في التسليم فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا والله أعلم *

(فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ماذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع فانه لا يلزمه الاجابة وفيه

لان التملك وتسليم الثمن هكذا وقع فيما بينهم وهذا أظهر وهو المذكور في الكتاب والعراقيون يرجحون الاول * وفي التتمة أن هذا الخلاف في الرجوع بالمعروم من أجرة المثل وما عساه ينقص من قيمة الشقص فأما الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه اليه بلا خلاف * ولو أخذ الحاضر جميع الشقص ثم وجد به عيباً فردّه فقدم الثاني وهو في يد المشتري فله أخذ الكل (ومنها) ما يستوفيه الاول من المنافع ويحصل له من الأجرة والثمن يسلم له فلا يزاحمه فيها الثاني والثالث على أصح الوجهين وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما حصل له بعد المشاطرة كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فيما اذا أخذ الاول كل الشقص وأفرزه بأن أتى الحاكم فنصب قima في مال الغائبين فاقسما وبني فيه أو غرس ثم رجع الغائبان هل لهما القام (وأصح) الوجهين أنهما لا يقلعان كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه مجانا وفي الثاني لهما القلع لانهما يستحقان مثل استحقاق الاول وبذلك السبب فليس له التصرف حتى يظهر حالهما بخلاف الشفيع مع المشتري ولو كان اثنان حاضرين فأخذ الشقص واقسما مع القيم في مال الغائب ثم قدم الغائب فله الاخذ وابطال القسمة وان عفا استمرت القسمة (ومنها) لو أخذ الاول والثاني كما صورنا ثم حضر الثالث وأراد أن يأخذ من أحدهم ثلث ما في يده ولا يأخذ من الثاني شيئاً فله ذلك كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الثاني (ومنها) لو أخذ الاول الكل وقدم الثاني وأراد أن يأخذ الثلث بلا مزيد هل له ذلك فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له ذلك كما لا يجوز للاول ان اقتصر على أخذ الثالث (وأظهرهما) نعم لان أخذه الثالث لا يفرق الحق على الاول اذ الحق ثبت لهم اثلاثاً وبأخذ الاول الثالث تفرق الصفة على المشتري فان أخذ الثالث تفرعاً على هذا

نظر (المسألة الثانية) وهي المرتبة الاخرى • اذا اشترى رطبة فان اشترىها بشرط القطع من اصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشترىها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالبت وعلت فقد عطف المرنى هذه على مسألة القولين فاختلف الاصحاب فمنهم من قال البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً (١) ومنهم من قال هي على قولين كالمسألة الاولى ومن ذهب الى هذا أبو اسحق المروزي وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والشاشى قال الماوردى وجمهور أصحابنا وغلط الشيخ أبو حامد الفائل الأول وأجاب هؤلاء عما تمسك به الفائل الاول من الكبر والسمن بان زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسر او ما أشبه ذلك ليست بعين بمعنى انه لم يزد في اطرافه ولا في عدده والرطبة اذا طالبت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الاولى سواء وحسن المصنف هذا الجواب بقوله ان تلك الزيادة لاحكم لها فلم يقل انها ليست بعين فانها عين قطعاً ولهذا احتاج الاولون يفسرون ذلك بعدم زيادة اطرافه وعدده لكنها وان كانت

(١) كذا بالأصل

الوجه أو أخذه بالتراضى وقدم الثالث نظر إن أخذ من الاول نصف ما في يده ولم يتعرض للثاني فلا كلام قاله في التتمة وان أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فله ذلك لانه يقول ما من جزء إلا ولى ثلثه وان ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الاول فلا يلزم مني أن أترك حتى ثم له أن يجيء الى الاول فيقول ضم مامعك الى ما أخذته لنقسمه لانا متساويا القدر والشقص والحالة هذه اما تصح قسمته من ثمانية عشر لانا محتاج الى عدد له ثلث وثلثاء ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستة في يد الاول ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحداً ويضمه الى الستة في يد الاول تكون سبعة يقتسمانها بينهما وسبعة لا تنقسم على اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر وكان في يد الثاني من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان نضربهما في المضروب في المسألة يكون له أربعة فهي حصته تبقى أربعة عشر يأخذ كل واحد من الاول والثالث منهما سبعة فاذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين هذا ما ذكره الاكثرون ونقلوه عن ابن سريج وحكي الامام عن القاضي حسين أنه لما ترك الثاني سدساً على الاول كان عافياً عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق فينبغي ان يسقط حق الثاني بالكلية ويكون الشقص بين الاول والثالث (ومنها) قال ابن الصباغ لو حضر اثنان وأخذ الشقص ثم حضر الثالث وأحدهما غائب فان قضى له القاضي علي الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده لانه الذي يستحقه منه والثاني يأخذ نصف ما في يده لانه اذا غاب أحدهما فكان الحاضر ينهما الشفيعان فيسوى بينهما ثم لو حضر الغائب وقد غاب الحاضر فان كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما في يده أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضاً وان كان قد أخذ نصف ما في يده أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم نصيبه بذلك

عينا فلا حكم لها بدليل انه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاححة وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع أغصان ومما يدل على ذلك انه لو باع الرطبة وطولها ذراع فاجبر في نصف طولها قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن فانه لو هزل في يد البائع لم يسقط شئ وقال القاضي أبو الطيب ان الزيادة في الرطبة حدثت في الأصول التي في الارض فهي بمنزلة حدوث حمل آخر من الثمرة وقال الماوردي انها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فانه ليس متميزاً (واعلم) ان هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على ان الزيادة التي حصلت في الرطبة للبائع وليست للمشتري وكذلك قال القاضي أبو الطيب والمحامي والشيخ أبو حامد قبلهما والقاضي حسين وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة ان الزيادة للمشتري لانها لا تتميز فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث طرق وقال ابن أبي عصرون ان الاصح من قولي أحد الطرفين الانقاس كما ذكره في المسألتين السابقتين وقول المصنف فسخ أي يفسخه الحاكم كذلك صرح به الماوردي وقوله على القولين أي القولين في

الشقص والمسألة تقسم من اثني عشر للحاجة الى عدد له نصف ولنصفه ثلث وسدس واذا كان الربع اثنا عشر فالكل ثمانية وأربعون (ومنها) ثبتت الشفعة الحاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب وورثه الحاضر له أخذ الشقص بالشفعة وان عفا أولاً لانه الآن يأخذ بحق الارث وهذا جواب على اصح الواجه في عفو أحد الشريكين وهو أن للآخر أخذ الكل وساعده التفرع على أن العفو من بعض الشركاء لا يصح (أما) إذا قلنا ان نصيب العافي يستقر على المشتري فلا يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف (وان قلنا) ان عفو أحدهما يسقط حق الآخر لم يأخذ شيئاً *

قال ﴿ومهما تعدد البائع أو المشتري جاز أخذ مضمون إحدى الصفقتين ﴾ وان اشترى في صفقة واحدة شقصين في دارين شريكهما واحد ففي جواز أخذ أحدهما وجهان *

أصل الفصل أنه ليس للشفيع تفریق الصفقة على المشتري على ما مر في أثناء الكلام ولو اشترى اثنان شقصاً من واحد فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة لأنه لا يفرق على واحد منهما ملكه وعن أبي حنيفة لا يجوز إن كان ذلك قبل القبض وان تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شقصاً من واحد فوجهان (أحدهما) أنه لا يجوز أخذ حصة أحد البائعين لأن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه وبهذا قال مالك (وأصحهما) ويحكي عن نصه في القديم وبه أجاب المزني أنه يجوز لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد كتعدد المشتري فصار كما لو ملكه بعقدين ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين والصفقة نازلة منزلة أربعة عقود تفرعاً على الاصح في أن تعدد البائع كتعدد المشتري وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع وبين أن يأخذ ثلاثة

اختلاط الثمرة المبيعة (واعلم) أن في مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة يقال للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسمح للبيع كما قال المصنف هناك ولا يقال للمشتري ان سمحت بحقك أقر العقد وفي مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة بالحادثه يقال لكل منهما ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق ان في المسألتين الأولتين اذا ترك المشتري حقه فاز البائع بالعوض والمعوض •

(فرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج الى شرط القطع والا فيشرط القطع فان كان عليه نور فهو للمشتري والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالاول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها قاله القاضي حسين وقال الروياني في هذا الفرع ان باع الاصل مع الثمرة لابد من شرط القطع فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه وقال الخوارزمي ان باع الاصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع وان باع بعد خروج حملها فان باعها مع الحمل جاز مطلقا وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع والحادث

أرباع المبيع وهو نصيب أحد الشريكين ونصف نصيب الآخر وبين أن يأخذ نصفه إما بأخذ نصيب أحدهما وترك الآخر أو بأخذ نصف نصيب واحد منهما وبين أن يأخذ ربعه بأخذ نصف نصيب أحدهما لا غير وان وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه أو وكلاهما في بيع شقص أو شرائه فلا اعتبار بالعاقد أو من له العيد فيه خلاف وقد ذكرناه في تفريق الصفقة حتى لو كانت الدار لثلاثة شركاء توكل أحدهم لآخر ببيع نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك فليس للثالث اذا جعلنا الاعتبار بالعاقد إلا أخذ الكل أو ترك الكل فان جعلنا الاعتبار بالمعقود فله أن يأخذ حصة أحدهما كما لو باع كل منهما حصته بنفسه ولو كانت الدار لرجلين فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق ما بقي له من النصف فله ذلك لأن الصفقة اشتملت على ما لا تثبت فيه الشفعة للموكل وهو ملكه وعلي ما تثبت وهو ملك الغير فشبه ذلك بما إذا باع ثوبا وشقصا بمائة وفيه وجه أنه كالصورة السابقة ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة فان كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الاخرى فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه وافقه الآخر في الأخذ أم لا وان كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان (أحدهما) ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الصفقة متحدة (وأصحهما) الجواز لأنه لا يفضى إلى تبعض الشيء وذلك التبعض هو الذي يوجب الضرر •

المشتري ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكيمته انه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع بخلاف النخل وكذلك قال الامام والغزالي قال ابن الرقعة وهو أفقه منه يعني من الامام والمنقول الاول يعني كلاماً عن البندنجي وغيره يقتضى انه يجوز مطلقاً ﴿فائدة﴾ ان قلت ماوجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره فهي أشبه بالمسألة الاولى (قلت) الرتبتان الاولتان الاختلاط فيهما ظاهر اما اختلاط المبيع بغيره في الرتبة الاولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في الرتبة الثانية وفي هذه المرتبة الفائل الاول يقول ليس فيها اختلاط وانما هو زيادة المبيع في نفسه ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرتبة بكاملها ولم يقل به أحد كما أشار اليه المصنف فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أولاً والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أولاً فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطاً أولاً لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في

﴿الباب الثالث فيما يسقط به حق الشفعة﴾

قال ﴿وفيه ثلاثة أقوال (الأول) الجديد أنه على الفور (م)﴾ قال رحمته الله «الشفعة كحل العقال» (والثاني) أنه يبقى ثلاثة أيام (والثالث) أنه يتأبد فلا يبطل الا بإبطال أو دلالة الإبطال (و)﴾
لاشك أن حق الشفعة يعرض له السقوط ومقصود الباب بيان أنه بم يسقط وسبيل التدرج اليه أن قول الشافعي رضي الله عنه اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراخي (وأصح) القولين وهو المنصوص في الكتب الجديدة على الفور لما روى أنه رحمته الله قال «الشفعة كحل العقال»^(١) أي أنها تفوت إذا لم يتدرج اليها كالبيع الشرود يحل عنه العقل إن قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها* وأيضاً فانه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب (والثاني) أنه على التراخي وعلى هذا ففي تقدير مدته قولان (أظهرهما) التقدير وفي ضبطها قولان (أظهرهما) أنها تمتد إلى ثلاثة أيام لأن الحكم بالفور يفسر بالشفيع فانه قد يحتاج إلى تأمل ونظر والحكم بالتأيد يفسر بالمشتري لأنه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفوت عليه العارة والمصرف فلا بد من حد فاصل فجعلت الثلاثة حداً كما في خيار الشرط وغيره (والثاني) عن حكاية صاحب النقيب أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك

(١) حديث ﴿الشفعة كحل العقال ابن ماجه والبخاري من حديث ابن عمر بلفظ لا شفعة لغائب ولا صغير والشفعة كحل العقال وإسناده ضعيف جداً وقال البخاري في رواية محمد بن عبد الرحمن ابن الليثاني مناكير كثيرة وأورده ابن عدي في ترجمة محمد بن الحرث رواية عن ابن الليثاني وحكي تضعيفه وتضعيف شيخه وقال ابن حبان لا أصل له وقال أبو زرعة منكر وقال البيهقي ليس بثابت

المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقي وانكار ما فيه ارتكاب ضرب في الجواز أو القياس وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى ولم اقل الثالثة وذلك ان جماعة من محققى الاصحاب كابى حامد والماوردي اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية * ولو اشترى وديا فكبر فانه المشتري قولاً واحداً لانها زيادة غير مميزة قاله ابن أبي هريرة وغيره وجعله القاضي حسين في تعليقه قاعدة عامة انه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيراً فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وانواعه فيكون الكل للمشتري وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين وفي الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين في انقضاء العقد ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضي وانه ينبغي ان تكون المشتري ولا خيار له لانه ملك أصلاً كالثمرة ثم قال ورأيت للشيخ أبي المعالي انه ان كانت الشجرة مما لا يخاف فالمشتري كالدخول وان كان يخاف كالقوت فقولان (قلت) وسند كرم من كلام صاحب التتمة انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع ان المشتري لا يملك أصوله وانما للبائع وقياس ذلك ان تكون الشجرة أيضاً كذلك وان تكون زيادتها كاختلاط المبيع

ذلك الشقص ويختلف باختلاف حال المأخوذ (والثاني) انه لا تقدر له مدة بل يتأبد لأنه لا ضرر على المشتري في التأخير إذ الشقص له وان بنى فيه أو غرس فله قيمته إن أخذ الشفيع ومالا ضرر في تأخيره يتأبد كالقصاص فعلى هذا لو صرح باطلاله يبطل وفيما يدل على الابطال قولان (أظهرهما) البطلان وهو المذكور * ومما له دلالة الابطال قوله للمشتري بع الشقص ممن شئت أو هبه ولو قال بعه أو هبه منى أو قاسمني عليه فكذلك وفيه وجه انه لا يبطل بقاء الشفعة لأنه قد يخاف الأخذ بغير طريق الشفعة إن تيسر له والمشتري إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعف أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ أو العفو وفيه قول انه ليس له ذلك تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص * ويخرج من الترتيب عند الاختصار خمسة أقوال في كيفية ثبوت الشفعة أنها على الفور تمتد ثلاثة أيام - تمتد مدة تسع للتأمل - تتأبد إلى التصريح بالابطال - تتأبد إلى أن يصرح بالابطال أو يأتي بما يدل عليه * وعند أبي حنيفة وأحمد أنها تمتد امتداد المجلس للعلم بالشفعة وعند مالك تمتد سنة في رواية ومدة يغاب على الظن فيها الاسقاط والترك في أخرى *

قال * والصحيح انه على الفور وأنه يستطـ بكل ما بعد تقصيراً أو توانياً في الطلب * فاذا بلغه الخبر فلينهض عن مكانه طالباً * فان كان ممنوعاً بمرض أو حبس في باطل فليوكل * فان لم يوكل مع القدرة بطل حقه (و) وان لم يكن في التوكيل مؤنة ومنة ثقيلة * فان لم يجد الوكيل

بغيره فيجوز القولان كما اقتضاه باقي الفتاوى والذي قاله في التعليقة وقال ابن أبي هريرة محمول على ما إذا باع مطلقاً فإنه فيما لا يستخاف لا يحتاج إلى شرط القطع وتكون أصوله للمشتري (فائدة) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري إذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها إلا الظاهر على وجه الأرض وقد تقدم عن الماوردي حكاية خلاف في أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بحذو وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم في هذه المسألة إلا أن يكون قد عين في فرض هذه المسألة لئلا يملك شيئاً من الباطن *

*(فرع الزرع التي تحصد مرة واحدة إذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة فالزيادة للبائع والحكم على ما ذكرنا يعني في مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع اللهم إلا أن يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزيادة له لأنه ملك أصول الزرع التي منها تحصل الزيادة هكذا قال صاحب التتمة (فاما) قوله الزيادة للبائع والحكم كما في مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الإمام أنها للمشتري بالاتفاق (واما) قوله حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ففيه نظر لأن السنبال ليست حادثة من خاص ملكه بل هي منها

فليشهد * فان ترك الاشهاد ففي بطلان حقه قولان * وان كان المشتري غائباً ولم يجد في الحال رفقاً وثيقة لا يبطل حقه * وان كان في حمام أو على طعام أو في صلاة نافلة لم يلزمه * (و) قطعها على خلاف العادة *

أما أعاد ذكر الفور فقال والصحيح أنه على الفور لأنه أراد التفريع عليه (واعلم) أنا إنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع (أما) إذا لم يعلم حتى مضت سنون فهو على حقه * ثم إذا علم فلا يكلف ابتداءً على خلاف العادة بالقدو بقوة بل يرجع فيه إلى العرف فما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب يسقط الشفعة وما لا يعد تقصيراً لاقتران عذر به لا يسقطها والأعذار ضربان (أحدهما) ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض المانع من المطالبة فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر عليه وان لم يفعل فثلاثة أوجه (أصحها) بطلان الشفعة كما لو أمكنه الطالب بنفسه فقصر (والثاني) وبه قال أبو علي الطبري لا يبطل لأنه يلزمه في التوكيل منه أو مؤنة (والثالث) إن لم يلزمه فيه منه ولا مؤنة ثقيلة يبطل حقه وان لزمه أحدهما لم يبطل * وان لم يمكنه التوكيل فليشهد على الطالب فان لم يشهد قولان أو وجهان (أظهرهما) أنه يبطل حقه لأن السكوت مع التمكن من الاشهاد مشعر بالرضا (والثاني) لا يبطل وانما الاشهاد لاثبات الطلب عند الحاجة وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد * والخوف من العدو كالمرض وكذا الحبس إن كان ظمناً أو بدين هو معسر به وعاجز عن بيعة الاعسار فان حبس بحق فان كان مليئاً فهو غير

على رأيه وجعلها للمشتري أقرب (وأما) قوله اللهم الى آخره فهكذا وجدته في النسخة والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام وعلي هذا يصح فانه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الاصول ملكه فكلما حدث منه كان للمشتري لانه زيادة ملكه والله أعلم * وقد صرح صاحب التهذيب بانه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقطع حتى ازداد يكون ما حدث للمشتري لانه ملك أصله وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى وغيرهما انه لا يجوز الا بشرط القطع قال صاحب التتمة أو القلع وقال صاحب التتمة الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الاصول فما يحدث يكون ملكا له لأنه فرع أصل مملوك وهذا من صاحب التتمة بناء على ما ذكره في الفرع المتقدم انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله وقد تقدم عن الاصحاب ان الطريق الى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع وهذا الذي قاله المتولى ينبه على انه لا يفيد اشتراط القطع بل لابد من اشتراط القلع وينبغي ان يكون ذلك مجزوما به لان البطيخ مما يستخلف والله أعلم * ولو باع أصول النبات

معذور بل عليه الاداء والخروج * ومن هذا الضرب الغيبة فاذا كان المشتري في بلدة والشفيع في غيرها فعلي الشفيع أن يخرج طالبا كما بلغه الخبر أو يبعث وكيفا إلا أن يكون الطريق مخوفا فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة وثيقة يصحبها هو أو وكيله أو يزول الحر المفرط أو البراء المفرط فاذا أخر لذلك أو لم يمكنه المسير بنفسه ولا وجد وكيفا فليشهد على الطلب فان لم يشهد ففي بطلان حقه الخلاف السابق وأجري ذلك في وجوب الاشهاد إذا سار في الحال والظاهر ههنا أنه لا يجب ولا تبطل الشفعة بتركه كما لو أنفذوكيلا ولم يشهد يكتفي فيه بذلك وليضرد فيما إذا كان حاضرا في البلد فخرج اليه أو الى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالعيب (والضرب الثاني) ما ينتظر زواله عن قريب بأن كان مشغولا بطعام أو صلاة أو قضاء حاجة أو في حمام فله الاتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود وفيه وجه أن عليه قطعها حتى الصلاة اذا كانت نافلة ولو دخل وقت الأكل والصلاة أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها فاذا فرغ طالب بالشفعة ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على أقل ما يجزى * ولورفع الشفيع الأمر الى الحاكم وترك مطالبة المشتري مع حضوره جاز وقد ذكرناه في الرد بالعيب * ولو أشهد على الطلب ولم يراجع المشتري والحاكم لم يكلف خلافا لأبي حنيفة * وان كان المشتري غائبا فالقياس أن يرفع الأمر الى الحاكم ويأخذ كما ذكرنا هناك وإذا أزمناه الاشهاد ولم يقدر عليه فهل يؤمر أن يقول تملك الشقص فيه وجهان مر نظائرهما في الرد بالعيب * وإذا تلاقيا في غير بلد الشقص فأخر الشفيع الى العود اليه بطل حقه لاستغناء الاخذ عن الحضور عند الشقص (وقوله)

مطلقاً قال المتولى لا يدخل البطيخ الا بالتنصيص لانها ثمرة ظاهرة حتى ان الذي هو يرى ولم ينعقد لا يتبع
الأصول بخلاف الثمرة التي لم تظهر تتبع الشجرة لأن الشجرة أصل مقصود والنماء تبع له فجعل ما لم يظهر
من النماء تبعه واما هنا أصل النبت ليس بمقصود وانما المقصود الثمار فلا يجعل المقصود تبعاً •

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله تعالى عنه ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما
يستخلف أو لا يستخلف ثم قال فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة فالبايع بالخيار في
ترك القصيل أو تقض البيع فهذا النص ان كان المراد به ما يستخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين
الذين نقلهما الأصحاب وان كان شاملاً لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة
من ان الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبايع ومخالفة لما قاله الامام قال صاحب التهذيب انه لو باع
القصيل أو الشجر الخلف كالحلاف والقصب أو ورق الفرساد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك
كله فلم يقطع حتى زاد ففي انفساخ البيع قولان كالتى قال وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل
أغصان الفراسيديبين مقاطعها فما يحدث من الاوراق فوق المقطع والطول يكون له المشتري وفي القف والكراث
انما ينفسخ لان ما يحدث من أصله الذي لم يبع غير متميز عما باع لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

في الكتاب فاذا بلغه الخبر أى خبر من يعتمد قوله فلينهض عن مكانه طالباً أى إما بنفسه أو بنائبه
(وقوله) فان لم يوكل مع القدرة بطل حقه معلوم - بالواو - وكذا قوله لم يلزمه قطعاً •
قال ﴿ ولو أخبر ثم قال لم أصدق الخبر فان أخبره من تقبل شهادته بطل حقه • وان أخبره
من لا تقبل روايته كفاسق وصبي فلا يبطل • وان أخبره عدل واحد أو عبد يقبل روايته فالأظهر
(و) أنه يبطل حقه • وان كذب الخبر في هينار الثمن • أو تعبين المشتري • أو جنس (وح) الثمن •
أو قدر المبيع فترك المبيع لم يبطل حقه لأن له غرضاً • وان أخبر بأن الثمن الف فاذا هو الفان لم يكن
له الرجوع إذ لا غرض فيه واذا لقي المشتري فقال السلام عليكم لم يبطل حقه • ولو قال بكم اشتريت
ففيه تردد • وكذا في قوله بارك الله لك في صفقة يمينك • ولو قال اشتريت رخيصاً وأنا طالب بطل
حقه لأنه فضول من غير غرض •

الفصل يشتمل على صور (إحداها) إذا أخرج الطالب ثم قال انما أخرجت لأنى لم أصدق الخبر ينظر
أن أخبره عدلان يبطل حقه لأن شهادتهما مقبولة فكان من حقه أن يعتمد قولهما ويشق به وكذا لو
أخبره رجل وامرأتان • وإن أخبره من لا تقبل روايته كالكافر والفاسق والصبي لم يبطل حقه وان
أخبره عدل واحد حر أو عبد فوجهان (أحدهما) لا يبطل حقه لأن الحجة لا تقوم بالواحد وهو رواية عن
أبي حنيفة ذكره في التتمة (وأظهرهما) البطلان لأنه اخبار واخبارهم مقبول وفي النهاية أنهم الحقوا العبد

﴿ فرع ﴾ في زيادات أبي عاصم العبادي إذا اشترى ورق الفرساد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع وإن اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول لأنه اختلط المبيع بغيره *

﴿ فرع ﴾ مالا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردي في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز فالباع باطل وقال الربيع فيه قول آخر أن البيع يصح وأعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر أن البيع يصح في أحد القولين والصحيح هو الأول لأنه باع مالا يقدر على تسليمه لأن العادة فيها الترك فإذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ ضبط في الاستقصاء حملين - بفتح الحاء - قال في الاستقصاء وقال غيره الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر وحمل الشجرة مرتين

بالفاسق لأنه ليس من أهل الشهادة والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجيئ فيها الوجهان * وقطع بعضهم بأن أخبارها لا يبطل حقه وعلي هذا فلو أخبره نسوة قال أبو سعيد المتولى ينبنى على أن المدعى إذا أقام امرأتين هل يقضى بيمينه معهما (ان قلنا) لا فأخبارهن كإخبار المرأة الواحدة (وان قلنا) نعم فكالمعدل الواحد وهذا كله إذا لم يبلغ عدد الخبرين حداً لا يحتمل التواطؤ على الكذب فإن باعه وأخر بطل حقه وان كانوا فساقاً (الثانية) لو كذبه الخبر فزاد في قدر الثمن بأن قال باع الشريك نصيبه بألف فعفا الشفيع أو توانى ثم بان أن البيع بخمسائة لم يبطل حقه ولو كذب بالنقصان فقال باع بألف فعفا ثم بان أنه باع بالعين بطل حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بألف فبالعين أولى ولو كذب في تعيين المشتري بأن قال باعه من زيد ثم بان أنه باعها من غيره أو قال المشتري اشترى لنفسى ثم بان أنه كان وكيلاً أو في جنس الثمن بأن قال باع بالدرهم فبان أنه باع بالدنانير أو في نوعه بأن قال باع بالنيسابورية فبان أنه باع بالمروية أو في قدر المبيع بأن قال باع كل نصيبه فبان أنه باعه أو بالعكس لم يبطل حقه لأنه ربما يرضى بتركه لزيد دون غيره وقد يجد الدنانير دون الدراهم أو يرغب في الكل دون البعض وبالعكس وكذا لو قال باعه من فلان فعفا ثم بان أنه باع من غيره أو قال ياعه من رجلين فبان أنه باعه من أحدهما أو قال باعه بكذا حالاً فبان أنه باعه مؤجلاً أو قال باع بكذا إلى شهر فبان أنه باع إلى شهرين لا يبطل حقه ولو قال باعه بكذا مؤجلاً فعفا ثم بان أنه باعه حالاً يبطل حقه لأنه متمكن من التعجيل إن كان يقصده وكذا لو قال باع كله بألف فعفا ثم بان أنه بيع بعضه بألف يبطل حقه لأنه إذا لم يرغب في الكل بألف ففي البعض أولى وعند

يقال ان ذلك في التين واللوز والرمان والأترج تحمل حملين وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين ان مامضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالباً أو كان غالباً ولكن شرط القطع على المشتري فلم يتفق حتى وقع الاختلاط اما اذا كان الاختلاط غالباً ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله قال الربيع هناك وللشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط ان يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمرة المشتري صح قال المحاملي وهذا ليس بمنصوص وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان أخرفان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك قال المحاملي وغلط في هذا والمذهب ان البيع يبطل قولاً واحداً والفرق ان الرطبة انما تباع على شرط القطع فالبيع معلوم مقدور على تسليمه وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ور بما لم يحدث فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة والعقد يقتضي تبقيتها الى وقت الجذاذ فاذا

أبي حنيفة إذا أخبر عن البيع بالدرهم فعفا ثم بان أن البيع بالدنانير أو بالعكس ولم يتفاوت القدر عند التقويم بطلت شفاعته وبه أجاب الامام فيجوز أن يع - لم لذلك قوله أو جنس الثمن - بالحاء والواو - (الثالثة) لقي المشتري فقال السلام عليك أو سلام عليك أو سلام عليكم لم يبطل حقه لأن السنة السلام قبل الكلام قال الامام ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام * وفيما إذا قال عند لقاء المشتري بكم اشتريت وجهان ذكر العراقيون أنه يبطل حقه وقالوا من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث (والأصح المنع) لأنه إن لم يعلم قدر الثمن فلا بد من البحث عنه وان علم فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري كيلا ينازعه في الثمن وحكى الامام وجهين أيضاً فيما إذا قال بارك الله في صفقة يمينك عن قياس طريق المرازمة أنه يبطل حقه لأن الدعاء يشعر بتقرير الشقص في بده فلا ينتظر الطلب عقيبها (وأصحها) وهو الذي أورده المعظم أنه لا يبطل لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة ولو قال اشتريت رخيصاً وما أشبهه ثم أعقبه بالطلب بطل حقه لأنه فضول لا غرض فيه ولو أخر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة وأنكر المشتري فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذي يدعيه والا فالمصدق المشتري * ولو قال لم أكن أعلم بثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور فهو كما في الرد بالعيب *

قال * ولو باع ملك نفسه مع العلم بالشفعة بطل حقه * فان لم يعلم فقولان من حيث أنه انقطع الضرر * وان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح * ثم إن كان جاهلاً ففي بطلان شفاعته خلاف *

علم اختلاطها في تلك الحالة فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم انتهى وشبهوه بشراء العبد الآبق وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد ورد ما قاله الربيع قالوا وإنما وزن مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع فلا يبطل البيع وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين قال وذكر العراقيون قولاً بعيداً أن البيع موقوف فان سمح البائع ببطل حقه تبيننا انعقاد العقد وان لم يسمح تبيننا ان العقد غير منعقد في أصله وهذا قول مزيف لأصل له وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقاً فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد وما اراهم يقولون ذلك واراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع لكن ليس في كلامهم الذي رأيت ان ذلك من باب وقف العقود بل صرح المحاملي في حكاية

في هذه البقية مسألتان (الأولى) إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار أو وهب علماً بثبوت الشفعة له بطل حقه (أما) إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر (وأما) إذا جعلناها على التراخي فلا أن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة والمقاسمة وإنما يلزم ذلك من الشركة فإذا باع نصيب نفسه فقد أزال سبب الشفعة ولو باع بعض نصيبه حكى الشيخ أبو علي وغيره فيه قولين (أحدهما) أن شفيعته لا تبطل لأنه لو لم يملك إلا ذلك القدر ابتداء له الشفعة (والثاني) تبطل لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه فإذا باع بعضه بطل بقدره وإذا بطل البعض بطل الكل كالأغوا عن بعض الشقص المشفوع وهذا أظهر على ما ذكره الامام وغيره هذا إذا كان علماً (أما) إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة قال أكثرهم فيه وجهان وقال صاحب الكتاب قولان (أحدهما) أنه على شفيعته لأنه كان شريكاً يوم البيع ولم يرض بسقوط حق الشفعة (وأشبههما) أنها تبطل لزوال سبب الشفعة ولهذا لو زال عيب المبيع قبل

﴿ حديث ﴾ لا شفعة إلا في ربع أو حائط البزار من حديث جابر بسند جيد والبيهقي من حديث أبي حنيفة عن عطاء عن أبي هريرة مرفوعاً لا شفعة إلا في دار أو عقار *

﴿ قوله ﴾ روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها ويروى الشفعة كشيء عقار إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا اسناد وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ الشفعة كحل العقار فان قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه ذكره عبد الحق في الاحكام عنه وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في المحلى وأخرج عبد الرزاق من قول شريح إنما الشفعة لمن واثبها وذكره قاسم بن ثابت في دلائله *

﴿ قوله ﴾ السنة السلام قبل الكلام الترمذي من حديث جابر وقال إنه منكر وحكم عليه ابن الجوزي بالوضع وذكره ابن عدي في ترجمة حفص بن عمر لا يلي وهو متروك بلفظ السلام قبل السؤال من بدأكم بالسؤال قبل فلا تجيبوه *

هذا القول انه يقال للبائع اسمح بترك حقلك فان سمح والا فسخ العقد ولكن عبارة الربيع في الأم التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتملة لما قاله الامام والاولى ان يترك على ما قاله المحامي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده واما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق ان الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ولا كذلك الآبق لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحامي والمصنف فان الرطبة لاجل شرط القطع يمكن تسليمها وههنا الابقاء بعد بدو الصلاح مستحق فلا يمكن التسليم وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لان شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي اذ قالان الاختلاط بعد النخلة لا يوجب الانفساخ ان يقولوا بالصحة ههنا فان التسليم ممكن بالنخلة وللبائع اجبار المشتري عليها اذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي كما يكون ذلك في المنقول

التمكن من الرد سقط حق الرد ولو باع بعض نصيبه جاهلا أطلق في التهذيب أن شفيعته لا تبطل والوجه أن يكون على الخلاف السابق اذا فرغنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفيعته (الثانية) لو صالح على حق الشفعة على مال فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب واختار أبو اسحق المروزي صحته ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص فيصح الصلح برضى المشتري بالتبعية أو يبطل وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل وترك الكل أو تبطل شفيعته أصلا تنزلا لترك البعض منزلة ترك الكل نقلوا فيه ثلاثة أقوال وقد فرغنا بتوفيق الله تعالى من شرح مسائل الكتاب ونزیده بفصلين (أحدهما) في الحيل الدافعة للشفعة (منها) أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي يتراضيان عليه بدلا عن الدراهم أو يحيط عن المشتري ما يزيد عليه فلا يرغب الشفيع في الشفعة لحاجته الى الاخذ بالدراهم المسماة وفيها غرر لان البائع قد لا يرضى بالعرض عوضاً أو لا يحيط (ومنها) قال ابن سريج يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه وفيها غرر لان البائع قد لا يرضى به (ومنها) أن يبيع جزءاً من الشقص بالثمن كله ويهب منه الباقي فلا يأخذ الشفيع الشقص المبيع للغبين ولا يتمكن من أخذ الموهوب وفيها غرر ظاهر (ومنها) أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر ويقبضه البائع وينفقه أو يخلط بغيره فتندفع الشفعة وفيه خلاف ابن سريج على ما تقدم (ومنها) إذا وقف المشتري الشقص أو وهبه يبطل حق الشفيع على رأي أبي إسحق (ومنها) لو باع بعض الشقص ثم باع الباقي لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانياً في أحد الوجهين فيندفع أخذ الجميع (ومنها) لو وكل الشريك شريكه بالمبيع فباع لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين وقد سلف ذكر هذه المسائل •

وحينئذ تساوى مسألة الرطبة نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الامتع الاختلاط لم يصح ذلك وذلك في حجة البئر اذا افردت بالبيع وقلنا انما يملك وأورد صاحب الوافي أنه اذا علم حدرث ما تختلط به الثمرة المبيعة اذا تركها فيذنبى أن يجب القطع لعذر النفي الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع (قلت) وايجاب القطع بدون شرطه بعيد لأن المشتري لم يلتزمه ولا هو مقتضى العقد والله أعلم وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كل واقع أولا والجمهور على أن المتوقع كالواقع ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه اذا قلنا لو أحباها صارت أم ولد له وشاهده من السنة نهيه عليه السلام «عن بيع الثمرة حتى تزهى» وأورد ابن الرفعة على الامام أيضاً في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد الأبق أنه ابدى في كتاب القيط احتمالاً في جواز بيع العبد الآق المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق وعدم اجزاء عتقه

﴿ فرع ﴾ عند أبي يوسف لا يكره دفع الشفيع بالحيلة إذ ليس فيها تفويت حق على الغير لأن الحق إنما يثبت بعد البيع وعند محمد يكره لما فيها من إيقاع الشفيع في الضرر مع حقه من الثبوت وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في دفع الزكاة وهي مختلفة في الزكاة (الفصل الثاني) في مسائل وفروع من الباب لم تسلك فيما قدمنا ونوردنا منشورة فنقول للمفلس العفو عن الشفعة والأخذ والاعتراض عليه للغرماء وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف المذكور في شرائه في الذمة ثم الكلام في أنه لم يؤد الثمن علي ما ذكرناه في التفليس ولو وهب من عبده وقلنا انه يملك فبيع باقيه قال الشيخ أبو محمد تثبت له الشفعة وهل يفتقر إلى إذن جديد من السيد فيه وجهان ولعامل القراض الأخذ بالشفعة فان لم يأخذ فللمالك الأخذ ولو اشترى بمال القراض شقصاً من عقار فيه شركة لرب المال ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج (أصحهما) المنع ووجه الثاني أن مال القراض كالمفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به ويجوز أن يثبت له على ملكه حق والحالة هذه كما ثبت له على عبده المرهون حق الجناية وان كان العامل شريكاً فيه فله الأخذ إن لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا انه لا يملك بالظهور وان قلنا انه يملك فعلى الوجهين في المالك ولو كان الشقص في يد البائع فقال الشفيع لا أقبضه إلا من المشتري فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) له ذلك ويكاف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلمه إلى الشفيع وان كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين (والثاني) أنه لا يكلف ذلك بل يأخذه الشفيع من يد البائع وسواء أخذ من المشتري أو من البائع فعهد الشفيع على المشتري فان المالك ينتقل اليه منه وقال أبو حنيفة ان أخذه من يد المشتري فالعهدة على المشتري وان أخذه من يد البائع فالعهدة عليه ولو اشترى شقصاً شرط البراءة من العيوب فان أبطنا البيع فذاك وان صحناه وأبطنا الشرط فكما لو اشترى مطلقاً فان صحناه الشرط فالشفيع رده بالعيب على المشتري وليس للمشتري

عن الكفارة ظاهر ثم قال ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع وإن كان يلتفت على الوقف ولكن إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبق أثره مع تبين خلافه وكان في المعاملات يضاهي صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه *
 (فرع) إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فاطاق الرافعي وغيره أن البيع باطل إلا بشرط القطع وقال أنه يحجى فيه الخلاف يعني خلاف الربيع ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة الحكم وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كالمو باع أحد الحملين فالمشهور البطلان إلا بشرط القطع والله أعلم * (١) إذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر

(١) بياض
بالاصل فخر

الرد كالمو كان المشتري عالما بعيبه عند الشراء والشفيع جاهلا به عند الأخذ وإن علم الشفيع العيب دون المشتري فلا رد للشفيع وليس للمشتري طاب الأرض لأنه استدراك للظلمة أو لأنه لم يئس من الرد فلو رجع إليه ببيع أو غيره لم يردده على العلة الأولى ويرده على الثانية ولو قال أحد الشريكين للآخر بع نصيبك فقد عفوت عن الشفعة فباع ثبتت له الشفعة ولغا العفو قبل ثبوت الحق وعن تقرير ابن سريج عن الجامع الكبير لمحمد أنه إذا باع شقضا فضمن الشفيع العهدة للمشتري لم تسقط بذلك شفته وكذلك إذا شرط الخيار للشفيع وصحنا شرط الخيار للأجنبي ولو كان بين أربعة دار فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو ثبتت شهادتهما أن شهدا بعد ما عفوا وأن شهدا قبله لم تقبل لأنهما يجزمان الشقص إلى أنفسهما فلو عفوا ثم أعادوا تلك الشهادة لم تقبل أيضا للهمة وأن شهدا بعد ما عفوا أحدهما قبلت شهادة العافي دون الآخر فيحلف المشتري مع العافي ويثبت العفو ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن لم يقبل لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الإفلاس وإن كان بعد القبض فوجهان لأنه ربما يتوقع الرجوع إلى العين بسبب من الأسباب ولو أقام المشتري على عفو الشفيع بينة وأقام المشتري بينة على أنه أخذ بالشفعة والشقص في يده فبينة الشفيع أولى لتقويتها باليد أو بينة المشتري لزيادة علمها بالعفوفيه وجهان (أظهرهما) الثاني ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة لم يكتبه فمن الشيخ أبي محمد قبول شهادته قال الإمام كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء فيجوز أن تثبت الشفعة تبعاً لما شهادته للمكاتب فإنها لا تقبل بحال ولو كان الشفيع صديقا فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة والام يحز الأخذ وإذا ترك بالمصلحة ثم بلغ الصبي فهل له الأخذ فيه خلاف ذكرناه في آخر الحجر ولو كان بين اثنين دار فباع أحدهما عن حمل في البطن ثم باع الآخر نصيبه فلا شفعة للحمل لأنه لا يتيقن وجوده فإن كان له وارث غير الحمل فله الشفعة وإذا انفصل حيا فليس

فانه لا يشترط شرط القطع على الصحيح ^(١) واذا باع شجرة و بقيت ثمرها المؤبرة للبائع قبل بدو
 الصلاح لا يشترط قطعها جزماً ^(٢) واذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ
 بطل العقد على أحد القولين ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمره أخرى فكذلك على
 المذهب ^(٣) ولو باع رطبة أو شبهها كما ذكرناه هنا لم يحز الا بشرط القطع ^(٤) ولو باع
 الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع ويعلم اختلاطها بغيرها فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها
 بغيرها ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا وظهر لك بجميع هذه المسائل ان اطلاقهم
 عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأخير بالشرط أو بعد التأخير وقبل بدو الصلاح
 بالعقد محمول على ما اذا لم يكن تلاحق النثار غالباً أما لو كان غالباً فمقتضى ما تقرّر بطلانه كما اذا باع

(من ١ إلى ٤) بياض
 بالأصل فليحرر

لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث ولو ورث الحمل الشفعة عن مورثه فهل لأبيه أوجده الأخذ قبل انفصاله
 فيه وجهان (وجه المنع) وبه قال ابن سريج انه لا يتيقن وجوده فاذا أخذ الشفعين وبني فيه أو غرس وخرج
 مستحقاً وقلم المستحق بناءه وغراسه فالقول فيما يرجع به الشفعين على المشتري من الثمن وما ينقص قيمة
 البناء والغراس وغيرها كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه قال الامام وان نظرنا الى ان
 الرجوع بما ينقص من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التغرير ولا تغرير من المشتري بل الشقص مأخوذ
 عنه قهراً فيجوز ان يحجب عنهم بأنه مختار في الشراء والأخذ بالشفعة موجب للشراء ولومات رجل وله
 شقص من دار وعليه ديون تستغرق التركة فباع الشريك الآخر نصيبه قبل ان يباع الشقص في
 الدين قال ابن الحداد للورثة أخذه بالشفعة وهو جواب على ان الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة
 الى الورثة وهو الاصح (فان قلنا) يمنع فلا شفعة لهم ولو خاف داراً وديوناً لا تستغرق قيمة الدار فيبيع منها
 ما بقي بالدين قال ابن الحداد لا شفعة للورثة فيما بيع بما بقي لهم في الملك وهذا مستمر على الأصل
 السابق فانهم اذا ملكوا الدار كان المبيع جزءاً من ملكهم ومن بيع جزء من ملكه بحق لم يكن له
 استرجاعه بالباقي (فان قلنا) انه يمنع فمنع الملك في قدر الدين أم في جميع التركة فيه خلاف مذكور في موضعه
 (ان قلنا) بالثاني فلا شفعة لهم أيضاً لانهم انما يملكون الباقي بأداء الدين وانما تثبت الشفعة بملك يتقدم
 على البيع (وان قلنا) بالاول ثبتت لهم الشفعة ولو كانت الدار المشتركة بين المورث والورثة ثم انه مات
 فبيع نصيبه أو بعضه في ديونه وصاياهم قال ابن الحداد لهم الشفعة وهذا يخالف الأصل الذي سبق
 فانهم اذا ملكوا التركة صار جميع الدار ملكهم فيكون المبيع جزءاً من ملكهم واختلف من بعده فمنهم
 من أخذ به وقال ما يباع في ديونه وصاياهم بمثابة ما يبيعه بنفسه ولو باعه في حياته بنفسه كان لهم الشفعة
 وكذلك ههنا والأكثرون خالفوه وجروا على قضية ذلك الأصل ثم منهم من خطأه وقال انما ينتظم

ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما إذا بقيت للبائع فانها ليست بمبيعة لأننا نقول ان هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلفت بغيرها وقد أبطله الاصحاب هناك ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناه البائع اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه فحدث طلع آخر فهل يكون حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر فيجوز فيه الوجهان في أن الطالع يكون للبائع أو للمشتري أو نقول هنا ان الطلع الحادث للمشتري قولاً واحداً لان الثمرة غير المؤبرة انما بقيت بالشرط فلا يستتبع الطلب الحادث لم أر في ذلك نقلاً (فان قلنا) ان الطلع للبائع تبعاً للثمرة فلا كلام (وان قلنا) للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها

هذا الجواب على ان الدين لا يمنع ملكهم فيستحقون الشفعة بالملك القديم وعن الشيخ أبى زيد حمل كلامه على ما اذا باع بنفسه في مرض موته ومن وولات ابن المداد دارين ثلاثة لأحدهم نصفها ونصفها بين الآخرين بالسوية فاشترى صاحب النصف نصيب أحد الآخرين ثم باع ثلث مائة مائة طائفة من أجنبي والشريك الثالث غائب مثلاً فاعلم ان الشفيع في المبيع الثانى هو الشريك الثالث لا غير وأما فى الأول فيتعلق النظر بأصاين أحدهما الخلاف الذى سبق فى ان المشتري اذا كان أحد الشر كاء تكون الشفعة بينه وبين الشريك الآخر أو يختص بها الشريك الآخر (والثانى) عود القولين فى ان الشفعة على عدد الرؤس أو الحصص اذا حكمنا بالثركة اذا عرفت ذلك فاذا قدم الغائب وفرعنا على قسمه بينه وبين المشتري وهو الاصح نظرنا ان طلب الشفعة فى العقد الاول فله مما اشتراه الشريك على قولنا بالتوزيع على عدد الرؤس النصف وهو ثمن جميع الدار وذلك شائع فيما معه وهو ثلاثة أرباع الدار فاذا باع ثلث مائة كان بائعاً ثلث حق الشفيع ولا ينصرف الى الشريك ما يستقر ملكه فيه لان الكل قابل للبيع فيأخذ القادم من المشتري ثلثي الثمن ومن المشتري منه ثلث الثمن فيتم له ما يستحقه بالعقد الاول (وان قلنا) بالتوزيع على الحصص فله مما اشتراه الشريك الثلث لان ملكه قدر نصف ملك الشريك وحينئذ فله نصف سدس الدار فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس ومن المشتري منه ثلثه لما ذكرنا من الشيوع فعلى القول الاول يخرج الحساب من أربعة وعشرين لان نصيب الغائب سدس مائة وهو الثلاثة أرباع الدر فيحتاج الى عدد لثلاثة أرباعه سدس فتضرب أربعة فى ستة تكون أربعة وعشرين وعلى الثانى من ستة وثلاثين لان نصيب الغائب تسع مائة فيحتاج الى عدد لثلاثة أرباعه تسع فتضرب أربعة فى تسعة يكون ستة وثلاثين والرابع الذى اشتراه الشريك على التقدير الاول ستة وعلى الثانى تسعة ثم اذا أخذ ذلك فله أن يأخذ ما بقى من يد المشتري بالعقد الثانى وله ان يعفو فيكون للمشتري الخيار بين

بغيرها وقياس المذهب فيها البطلان ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها اشترط القطع لانه كالزرع ثم ان لم يتفق القطع حتي خرج شيء آخر فالخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشتري وان اراد الخلاص من مطالبة بالقطع استأجر منه الارض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة ولا يملك صاحب الارض مطالبة بالقطع قاله الروياني وغيره *

ان يفسخ لتفرق الصفقة عليه وبين أن يختار بحصته من الثمن اما اذا فرعنا على ان المشتري اذا كان شريكا لاشفعة له بل يختص بها الشريك الآخر وبه قال ابن سريج فان الغائب اذا كان يأخذ جميع ما اشتراه الشريك لو لم يكن بيع ثان فاذا باع ثلث ما في يده فقد باع من حق الغائب الثلث فاذا قدم أخذ ثلث الربع من المشتري وثلثيه من الشريك فيتم له ما استحق بالبيع الاول ثم له أن يأخذ ما في يد المشتري بالعقد الثاني وله ان يعفو عن الاول ويأخذ جميع الربع من يد المشتري وهذا كله فيما اذا باع ثلث ما في يده مطلقا أما اذا قال بعث ربع الذي اشتريت فليس للغائب أن يأخذ غير ما في يد المشتري من الشريك لكنه إن عفا عن شفعة البيع الاول أخذ جميع الربع بالبيع الثاني وان اراد الاخذ بالبيع الاول فسخ البيع في نصف الربع على قول التوزيع على الوؤس وثلثه على القول المقابل له ثم له أخذ الباقي بالبيع الثاني ولو قال بعث الدار من جملة النصف الذي كنت أملكه قد عفا للغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثاني وأن يأخذ بالعقد الاول مما في يد الشريك نصف الربع أو ثلثه على اختلاف القوانين *

بعون الله تعالى قد تم طبع الجزء الحادى عشر من (تكملة المجموع) شرح المذهب للامام السبكي رضى الله عنه ومعه الشرح الكبير للرافعى في ليلة ٢٧ رجب الفرد من سنة تسع وأربعين وثلثمائة وألف هجرية وهى ليلة المعراج المباركة من هذا العام على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية آمين : وذلك (بمطبعة التضامن الأخرى) لصاحبها (حافظ محمد داود) الكائن مركزها بشارع كفر الزغارى عطفة الشماخ رقم ٨ بالحسين بصرى ويليه الجزء الثانى عشر وأوله من المجموع قول المصنف رحمه الله باب بيع المصراة والرد بالعيب ومن كتاب الشرح الكبير للرافعى وكتاب التلخيص الحبير للعسقلانى ابن حجر (كتاب القراض) والله ولى التوفيق

فهرست الجزء الحادى عشر من تكملة المجموع (شرح المذهب)

للإمام السبكي رضى الله عنه

تحقيقه	تحقيقه
البائع جزماً والمشتري على الأصح	٢ (باب بيع العرايا)
٣٢ فرع هل يجوز فى العرايا ان يبيع جزماً مائة أو منهما مما على النخلة ؟	٢ قال المصنف رحمه الله وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرضاً فانه يجوز للفقراء
٣٢ قال المصنف رحمه الله وهل يجوز ذلك فى الرطب بالرطب فيه ثلاثة أوجه	٣ شرح ما قاله المصنف شرحاً وافياً مع بيان أحوال الرطب والأحاديث الواردة فيه وتخرجها ومذاهب العلماء فى ذلك
٣٣ شرح هذا الفصل وبيان الأحاديث الواردة فيه وأحكامه وما يتعلق به من كل الوجوه	٢٢ فرع لو باع الرطب على الأرض بالتمر هل يجرى حكم العرايا فيه فيصح فى خمسة أوسق أو دونها ؟
٤٠ فرع إذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض هل المعتبر فيه الحرص ؟	٢٣ فرع قال صاحب التتمة إذا اشترى الرطب بالتمر يعنى فى العرايا الخ
٤١ فرع عرفت أن الأصح من الأوجه الثلاثة المنع مطلقاً	٢٣ فرع يجوز أن يقع العقد على الذمة فيقول بعتك ثمرة هذه النخلة الخ
٤١ فرع إذا كان الرطب بالرطب كلاهما على الأرض لم يجر	٢٣ فرع قال الشافعى والجائحة فى العرايا والبيع وغيرهما سواء
٤٤ فرع يبيع التمر بالرطب على الأرض قال المحاملى لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز	٢٣ فرع قال الماوردى والرويانى لا تجوز العرية إلا فيما بدا صلاحه بسراً كان أو رطباً
٤٤ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز فى العرايا فيما زاد على خمسة أوسق فى عقد واحد	٢٤ قال المصنف رحمه الله وهل يجوز للأغنياء فيه قولان
٤٥ شرح هذا الفصل مع تخريج الأحاديث الواردة فيه وبيان أحكامه وأقوال الفقهاء فيه	٢٤ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً
٥٢ فرع قول المصنف فى عقد واحد مفهومه أنه يجوز فى عقود متفرقة والأمر كذلك	٣٠ فرع إذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعنى المعتبر فى ذلك ؟
٥٣ فرع ويفهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز	٣١ فرع لا يشترط عندنا حاجة البائع إلى البيع جزماً خلافاً لبعض الحنابلة
٥٤ فرع إذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان	٣١ فرع تلخص مما قلنا أنه لا يشترط عندنا حاجة

الحاشية	الحاشية
٨١ فرع قال الجرجاني لا تجوز العرية في الزرع بخلاف الـكـرم والنخل	٥٥ فرع فلو باع عشرين وسقا من أربعة فعلى القولين
٨٢ فرع لو باع الرطب على الشجر بخمس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرص	٥٥ فرع لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز ٥٥ فرع حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر الزابنة بأن يكون لرجل صبرة الخ
٨٢ فرع قال امام الحرمين وحق الفقيه أن لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدناه	٥٧ فرع قال الشيخ أبو حامد في الرونق المحاقلة على ضربين
٨٥ فرع قال الشافعي رحمه الله في الأم ولا بأس أن يشتريها في الموضع من له حائط الخ	٥٧ فرع اعتبر الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقريب؟
٨٥ فرع قال الماوردي رحمه إن الخارص هنا يكفي فيه واحد بخلاف الزكاة	٥٨ فرع لو باع الحنطة في سنبليها بالشعير على وجه الأرض فإن فيه القولان في بيع الغائب
٨٧ قال المصنف رحمه الله ولا يباع ما نزع نواه بمالم ينزع نواه	٥٩ هل يجوز أن يقع عقد العرية على جزء مشاع مما على النخل من الرطب إذا خرص الجميع؟
٨٧ شرح هذا الفصل شرحاً مفصلاً	٥٩ فرع إذا امتنع بيع الحنطة في سنبليها بالحنطة الظاهرة فامتناع بيعها بمنليها أولى
٨٩ فرع الشمس والحوخ ونحوها لا يبطل كما لها نزع النوي في أصح الوجهين	٦٠ فرع وكذلك قال فيه أيضاً ولم أرهم أجازوا بيع الحنطة الخ
٩٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع نيئة بمطبوخة لأن النار تعقد أجزائه وتسخره	٦٠ قال المصنف رحمه الله ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق الخ
٩٠ شرح هذا الفصل شرحاً وجيزاً	٦٠ شرح هذا الفصل شرحاً وجيزاً
٩٣ فرع قاله ابن أبي الدم يبيع الطلاء بالدس لا يجوز	٦١ فرع لاضابط للنقص عن الخمسة بل متى كان أقل من الخمسة بشيء ما الخ
٩٥ قال المصنف رحمه الله واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفي بالنار بعضه ببعض	٦١ قال المصنف رحمه الله وفي خمسة أوسق قولان الخ
٩٦ شرح ما قاله المصنف وبيان أحكامه وأقوال الفقهاء فيه	٦٢ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً وافياً
١٠٠ فرع أن منعنا بيع المصفي بالنار بمثله فلا شك أنه يمتنع بيعه بغيره	٧١ فرع إذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل يكفي أي قدر كان أم له ضابط الخ
١٠٢ قال صاحب التهذيب عمل الرطب وهو	٧١ قال المصنف رحمه الله وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب لأنه يدخر يابسه
	٧١ شرح هذا الفصل وبيان أحكامه وتخرج أحاديثه

صحيفة

١٠٢ رب يسيل منه يجوز بيع بعضه ببعض
قال المصنف رحمه الله واختلفوا في بيع السكر
بعضه ببعض الخ

١٠٣ شرح هذا الفصل شرحاً كافياً شافياً

١٠٤ فرع بعد أن ذكر الامام ما ذكر في السكر
قال وما ذكرناه جاء في كل ما ينعقد

١٠٥ فرع اذا بيع السكر فالمعيار فيه الوزن

١٠٥ « قال نصر المقدسي في الكافي يجوز بيع
السكر بالسكر وزناً اذا تساوى الخ

١٠٦ فرع لما ذكر الماوردي حكم السكر والفانيد الخ
« بيع الفانيد بالسكر الخ

١٠٩ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع الحب
بدقيقه متفاضلاً

١١٠ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً

١١٧ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع دقيقه
بدقيقه الخ

١١٨ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٢٠ فرع قال ائرويانى بيع لب الجوز حكمه حكم
الدقيق بالدقيق

١٢٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع حبه
بسويقه ولا سويقه بسويقه الخ

١٢٠ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٢١ فرع بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز
لأنه قوت زال عن هيئة الادخار

١٢٢ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيعه بنخبه
لأنه دخله النار

١٢٢ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٢٢ فرع وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز

صحيفة

١٢٣ فرع قال الرافعي يجوز بيع الحنطة وما يتخذ
منها من الطعومات بالنخلة

١٢٤ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع خبزه بنخبه الخ
١٢٤ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٢٥ قال المصنف رحمه الله وان جفف الخبز وجعل
فتيتاً وبيع بعضه ببعض الخ

١٢٦ شرح هذا الفصل شرحاً مفصلاً

١٢٨ فرع لا يجوز بيع الحنطة بالجريش أو العجين الخ
١٢٩ « لا يجوز بيع الحنطة بالفالودج نص عليه

الشافعي والأصحاب

١٢٩ فرع لا يجوز بيع الشبرق بالشبرق وهذا
كاه في الجنس الواحد وأما عند اختلاف

الجنس فحائز

١٣٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع أصل
بغيره كالسمسم بالشيرج الخ

١٣٠ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً

١٣٦ فرع حب البان بالسيخة الخ

١٣٦ فرع بيع لب الجوز بالجوز جائز

١٣٧ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع العصير
إذا لم تنعقد أجزاؤه

١٣٧ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٣٨ فرع قال الشافعي في باب المزبنة

ولا يجوز بيع الجلجلان الخ

١٣٨ فرع إذا بيع العصير بالعصير فالمعتبر في
معياره الكيل

١٣٨ فرع قول المصنف رحمه الله إذا لم تنعقد
أجزاؤه يفهم أنه إذا حُمى بالنار اللطيفة الخ

١٣٩ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع الشيرج

صحيفة

صحيفة

بالشريح الخ

١٣٩ شرح مآقاله المصنف هنا شرحا مختصرا جيدا

١٣٩ فرع قال الامام لو اعتصر من اللحم مائه

وتبقى مالا ينقص الخ

١٤٠ فرع جعل القاضي حسين دهن السمسم

مكيلا لانه يستخرج من اصل مكمل

١٤٠ فرع بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز

متفاضلا ينبغي علي أن الادهان جنس أو

أجناس

١٤٠ فرع لا يجوز بيع الشريح بالكسب قاله ابن

الصباغ

١٤١ فرع شرط جواز بيع الشريح بالشريح

أن لا يكون مغليا

١٤١ قال الرافعي الادهان المغلية كدهن الورد

والبنفسج والنفوف كلها مستخرجة من السمسم

١٤١ فرع لا يجوز بيع طحين السمسم وغيره من

الحبوب التي يتخذ منها الادهان بطحينها

١٤١ فرع يجوز بيع كسب السمسم وزنا إن لم

يكن فيه خلط

١٤١ فرع ويجوز بيع العصير بنخل الخمر لأنها متساويا

١٤٢ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع خل الخمر

بنخل الخمر لأنه يدخر على جهته

١٤٢ شرح هذا الفصل شرحا ممتعا

١٤٩ فرع المعيار في الخل الكيل قاله القاضي

حسين والرافعي وغيرهما

١٥٠ فرع قال الشافعي في الأم والنبيذ الذي

لا يسكر مثل الخل

١٥٠ فرع يجوز بيع خل العنب بعصيره لأنه

لا ينقص إذا صار خلا

١٥١ فرع لا يجوز خل التمر بالتمر ولا خل عنب

بعنب نص عليه في البويطي

١٥١ فرع بيع الرطب بنخل العنب أو بعصير العنب الخ

١٥١ قل المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع شاة

في ضرعها ابن بابن شاة

١٥١ شرح مآقاله المصنف هنا مع بيان أقوال

الفقهاء فيه وبيان أحكامه

١٥٥ فرع كما لا يجوز بيع الشاة التي فيها لبن

بلبن كذلك لا يجوز بالزبد ولا بالسمن

١٥٦ فرع قال محمد بن عبد الرحمن قال الشافعي

رحمه الله ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز

١٥٧ قال المصنف رحمه الله فإن باع شاة في ضرعها

لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان

١٥٧ شرح ما كتبه المصنف في هذا الموضوع

١٦٢ فرع بيع الشاة التي فيها لبن ببقرة فيها لبن

فيه قولان

١٦٢ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع اللبن

الحليب بعصه ببعض الخ

١٦٣ شرح هذا الفصل شرحا ممتعا

١٦٥ فرع والمعيار في اللبن الكيل نص عليه

الشافعي والاصحاب

١٦٧ فرع يشترط في بيع الحليب بالجبين أن

يكيلاه ولا رغو فيه

١٦٨ قال القاضي حسين المرید بالمرید لا يجوز

» فرع ويجوز بيع الحائر بالحليب والرائب

والحامض أيضا

» فرع قال الشافعي رضي الله عنه لا خير

في لبن مغلي بلبن على وجهه

١٦٨ فرع شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن

صحيفة

لا يكون فيه ماء

١٦٩ فرع إذا حمى اللبن قليلا بحيث لا تأخذ

النار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض

١٧٠ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع اللبن

بما يتخذ منه من الزبد والسمن

١٧١ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه

١٧٨ فرع جزم ابن أبي هريرة بأن الرائب بالزبد جائز

١٧٨ فرع بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان

إنما يجوز إذا لم يكن في واحد منهما ماء

١٧٩ قال المصنف رحمه الله وأما بيع ما يتخذ منه

بعضه ببعض فإنه إن باع السمن بالسمن جاز الخ

١٨٠ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

١٨١ فرع قال الشافعي رضي الله عنه لا بأس أن

يسلف في شيء وزنا وإن كان يباع كيلا

١٨٢ فرع قال الشافعي في الام ولا خير في سمن غنم

بزبد غنم بحال

١٨٣ قال المصنف رحمه الله فإن باع الزبد بالزبد

ففيه وجهان

١٨٣ شرح هذا الفصل شرحاً مختصراً

١٨٤ قال المصنف رحمه الله وإن باع الخبيض

بالخبيض نظر الخ

١٨٥ شرح ما قاله المصنف هنا شرحاً موجزاً

١٨٦ فرع قال أبو الطيب وأما بعد ذلك من

الألبان المعقودة فلا يجوز

١٨٦ فرع دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقاً

١٨٦ « لو باع الخبيض بعد اخراج الزبد منه

بالزبد أو السمن فلا بأس

١٨٧ فرع لو باع لبن غنم بلبن بقر وفرعنا على

الصحيح في أنهما جنسان جاز

صحيفة

١٨٧ قال المصنف رحمه الله وإن باع اللبن أو

الأقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يحز

١٨٧ شرح هذا الفصل شرحاً وجيزاً

١٨٩ قال المصنف رحمه الله وأما بيع نوع منه

بنوع آخر فإنه ينظر فيه

١٩٠ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه

١٩٢ فرع إذا بيع الزبد بالخبيض فهما جنسان

حتى يجوز التفاضل بينهما

١٩٣ فرع بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة الخ

١٩٤ « إذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر

بلبن الابل فيكون حكمه الخ

» فرع قال الامام الانفة الوجه القطع بطهارتها

١٩٥ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع

حيوان يؤكل لحمه بلحمه الخ

١٩٥ شرح هذا الفصل وبيان أحكامه وتخريج أحاديثه

٢١١ فرع بيع اللحم بالسمن الحى فيه وجهان

في الحاوى وغيره

٢١١ فرع بيع الحيوان بالسمن يجوز

٢١٣ « اللحم بالاعظم جائز قاله الماوردى

٢١٣ قال المصنف رحمه الله وفي بيع اللحم بحيوان

لا يؤكل قولان

٢١٣ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً

٢١٦ فرع لا يباع ما لا يؤكل لحمه بالاشاة المذبوح

ولا بالطير المذبوح

٢١٦ فرع بيع السمك الحى هل يجوز أم لا الخ

٢١٦ فرع على القول الأول لا يجوز بيع لحم ببغل

ولا بحمار ولا بعبد

٢١٧ فرع لو باع شحم الغنم بحوت حى لم يحز

٢١٧ « في بيع الشحم والالية والطحال والقلب

والكبد والرئة بالحيوان النخ

٢١٩ فرع قال الروياني إنه لو اشترى الحيوان بالرأس والكراع لم يجوز

٢٢١ قال المصنف رحمه الله ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تنهى جفافه فيه ونزع منه العظم

٢٢٢ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً ممتعاً

٢٢٤ فرع إذا قلنا بالجواز إذا لم يكن منزوع العظم قال الرافعي النخ

٢٢٤ فرع ماذا ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه أن لا يكون عليه جلد

٢٢٤ فرع قال الروياني وكذلك لا يجوز بيع الجوز بفضه ببعض

٢٢٤ لو ضم عظم من عضو آخر إلى لحم وباعه بلحم آخر

٢٢٥ قال المصنف رحمه الله ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة فيها بيض النخ

١٢٥ شرح ما قاله المصنف هنا وبيان أحكامه وأقوال الفقهاء فيه

٢٢٧ فروع نختم بها باب الربا

٢٢٨ فرع قال القاضي أبو الطيب في الجواب عن اعتراض المالكية النخ

٢٢٨ فرع الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الاسلام

٢٣٠ فرع جريان الربا فيما ليس بمقدور من المطعومات

٢٣٤ ما يأكله بنو آدم والبهايم جميعاً قال الماوردي الواجب أن يعتبر أغلب حاله

٢٣٥ فرع لاربا في الريحان والنيلوفر والدرجس والورد والبنفسج

٢٣٧ فرع الوزن عندنا ليس بعلامة للربا

٢٣٨ فرع هل يحرم أكل الطين ؟

٢٣٨ فرع الشعير في سنبله لا يقدر النخ

٢٤٥ (باب بيع الأصول والثمار)

٢٤٧ قال المصنف رحمه الله إذا باع أرضاً وفيها بناء أو غراس نظرت النخ

٢٤٨ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً

٢٦١ فرع فاما إذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الأرض النخ

٢٦٢ فرع من الشجر ما يغرس بذره في محل فاذا اطلع ينقل من ذلك المحل إلى محل آخر

٢٦٢ فرع حكم الهبة حكم البيع لأنها تزيد الملك

٢٦٣ » إذا باع الأرض وفيها شيء يابس هل يدخل في البيع كغيره أو لا يدخل ؟

٢٦٣ فرع جزم صاحب الاستقصاء بدخول المسناة والسواقي النخ

٢٦٥ قال المصنف رحمه الله فإن قال بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزراع

٢٦٥ شرح هذا الفصل شرحاً ممتعاً مع بيان أحكامه

٢٦٨ فرع الحكم المذكور في اسم القرية جار في اسم الدسكرة

٢٦٨ قال المصنف رحمه الله وإن قال بعتك هذه الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف النخ

٢٦٨ شرح هذا الفصل شرحاً وافياً

٢٧٣ فرع ذكر الامام أن هذا الخلاف المذكور في الأجادين المثبتة والحجر الأسفل النخ

٢٧٣ فرع تقدم الخلاف في دخول الرحا مرتباً ومن ذلك يأتي فيهما ثلاثة أوجه

٢٧٣ فرع الميزاب عده صاحب الحاوي ما يدخل فيحتمل أن يكون ملحقاً بالأبواب

٢٧٣ فرع إذا كان في الدار بئر دخلت لبنها وأجرها

صحيفة

صحيفة

٢٧٤ فرع وأما حريم الدار فان كانت في سكة غير نافذة دخل

٢٧٤ فرع إذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة قال الماوردي النخ

٢٧٥ فرع حكاه الماوردي أيضاً إذا اتصل بالدار ساباط علي حائط من جدوره النخ

٢٧٥ فرع تقدم أن الأغاليق تدخل في البيع والمفهوم ما كان مسمرأ

٢٧٦ فرع تقدم عن أبي الحسين الجوزي أنه إذا رهن أرضاً أو داراً ففي دخول الدار قولان

٢٧٦ فرع وأما الشجر ففي دخولها في بيع الدار الطرق الثلاث

٢٧٧ فرع الباب إذا كان مغلوقة لا يدخل في بيع الدار والأرض إلا بالشرط

٢٧٨ فرع باع سفينة قال الماوردي يدخل في البيع ما كان من البناء متصلاً

٢٧٨ فرع تقدم الكلام في حجري الرحا ودخولها تحت اسم الدار

٢٧٨ فرع إذا قال بعتك هذا الخانوت قال صاحب الاستقصاء

٢٧٨ فروع جرت عادة الأصحاب بذكرها في هذا الباب ٢٨٠ فرع في مذاهب العلماء

٢٨١ قال المصنف رحمه الله وأما الماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه النخ

٢٨٢ شرح ما ذكره المصنف هنا وبيان أحكامه ٢٨٦ فرع وأما العيون المستنبة والاولدية والعين

ففي تملكها أيضاً وجهان ٢٨٨ فرع عن الامام لو كان في الأرض المبيعة نهر

» وأما الماء الذي يؤخذ من مطر أو نهر أو

غيرها ويجعل في مهرج النخ

٢٨٨ فرع المياه الجارية في الأنهار كالفرات والنيل وغيرها ليست مملوكة

٢٨٩ فرع وأما ماتولد في أنهار الأرض وعيونها من السمك فلا شك على الوجهين

٢٨٩ فرع ذكره الروياني في هذا الموضع ٢٩٠ قال المصنف رحمه الله وإن كان في الأرض

معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل النخ ٢٩٠ شرح ما قاله المصنف وبيان أحكامه ومسائله

٣٠٩ فرع تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير أنه لا خيار للمشتري

٣٠٩ فرع في هذه الحالة ٣١٣ » تكلم الامام وقوله القاضي حسين

في أنهم أوجبوا تسوية الحفر على البائع النخ ٣١٤ فرع ذكره الحاملي هنا

٣١٤ » ذكره الامام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم ٣١٥ » تقدم أن الأصح في الأجرة أنها

لا تجب قبل القبض وتجب بعده ٣١٦ فرع تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار

عند وجود شروطه ٣١٦ فرع إذا اختار المشتري الامساك النخ

٣١٧ » قال الروياني فلو كان قلع الاشجار مضرأ وتركها لا يضر النخ

٣١٧ فرع إذا غرس المشتري بعد العلم بالجحارة سقط رده كما تقدم

٣١٨ فرع قال الروياني وغيره ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها النخ

٣١٨ فرع قال الغزالي فيما نقل ابن أبي الدم ان العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش النقص

صحيفة

- ٣١٨ فرع زرع المشتري الارض ولم يعلم أن تحتها حجارة
- ٣١٩ » شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار اذا اشترى الارض وغرسها بعد الشراء
- ٣١٩ فرع قال الشيخ أبو محمد الجويني في المسلسل لما ذكر الوجهين في وجوب الاجرة
- ٣٢٠ فرع من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة
- ٣٢٠ » قال الرافعي لو باع داراً في طريق غيرنا قد دخل حريمها في البيع
- ٣٢٥ قول الغزالي في الوجيزان الأظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق
- ٣٢٦ قال المصنف رحمه الله وان باع نخلاً وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل الخ
- ٣٢٧ شرح ما ذكره المصنف مع ذكر الأحاديث الواردة فيه وبيان أحكامه
- ٣٢٩ فرع في مذاهب العلماء في ذلك
- ٣٤٦ » قال صاحب التلخيص فيما شد عن أصول الكوفيين الخ
- ٣٤٦ فرع وأما قول المصنف قال الشافعي رحمه الله وما تشق في معني ما أبر
- ٣٤٧ فرع دل الحديث علي أن الثمرة المؤبرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع
- ٣٤٧ فرع هذا لا يشترط هل حكمه حكم البيع أولا
- ٣٤٧ » قال أصحابنا يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع
- ٣٤٧ فرع فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري
- ٣٤٩ فرع إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع الخ
- ٣٤٩ فرع إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع

صحيفة

- بالاستثناء قال الامام الخ
- ٣٤٩ فرع قال الماوردي إنه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد
- ٣٤٩ فرع قد علمت أن هذه المؤبرة عند الإطلاق للمشتري
- ٣٥٠ فرع باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري انها مؤبرة الخ
- ٣٥٠ فرع بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض فيه وجهان
- ٣٥٠ فرع قال الشيخ أبو محمد إذ أبر الطلع وحكنا ببقائه للبائع فحرم الكمام للمشتري
- ٣٥١ فرع باع نخلة لم يخرج طلعتها فانه يخرج طلعتها على ملك المشتري
- ٣٥١ فرع لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة كان تأكيذاً
- ٣٥١ فرع ان ذكرهما أبو العباس بن سريج ونقلهما الشيخ أبو حامد
- ٣٥٣ قال المصنف رحمه الله وان باع فخلاً وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان
- ٣٥٣ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً ممتعاً
- ٣٥٧ فرع قال الماوردي إذا أخذ طلع الفحل جاز بيعه في قشره
- ٣٥٧ فرع باع فخلاً لا طلع عليه ثم أطلع قبل لزوم العقد الخ
- ٣٥٧ قال المصنف رحمه الله وان باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر
- ٣٥٨ شرح هذا الفصل شرحاً وافياً
- ٣٦٠ فرع هذا كله فيما اذا باع الجميع الخ
- ٣٦٢ » هذا الحكم المذكور من أول الفصل

صحيفة

إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة الخ

٣٦٢ قال المصنف رحمه الله وان كان له حائط
أطلع دون بعض الخ

٣٦٢ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه

٣٦٤ قال المصنف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله
والكرسف اذا بيع أصله كالنخل

٣٦٥ شرح هذا الفصل مع ضبط الفاظه وبيان أحكامه

٣٦٧ قال المصنف رحمه الله وان باع شجرا غير
النخل والكرسف

٣٦٨ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

٣٧٠ فرع لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها
وكذا الجوز صح

٣٧١ فرع الخلاف الذي تقطع أغصانه الخ

٣٧١ » قال الماوردي والرويانى الحناء يقصد
ورقه أيضاً

٣٧١ فرع شجر النبق المذهب كسائر الأشجار
يتبعها ورقها

٣٧١ قال المصنف رحمه الله وان كان مما يقصد
منه الثمرة فهو على أربعة أضرب

٣٧٢ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

٣٧٣ قال المصنف رحمه الله والثانى يخرج في
كمام لا يزال عنه الا عند الأكل

٣٧٣ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً

٣٧٣ قال المصنف رحمه الله والثالث ما يخرج
وعليه قشرتان كالجوز واللوز

٣٧٤ شرح ما قاله المصنف هنا

٣٧٥ قال المصنف رحمه الله والرابع ما يكون في نور
يتناثر عنه الخ

٣٧٦ شرح هذا الفصل شرحاً مفصلاً

صحيفة

٣٨٧ فرع قال القاضى الماوردي إن الكرم نوعان

٣٧٩ » تقدم في كلام الشافعي عد اللوز مع التفاح

٣٧٩ » إذا باع أصلاً عليه ثمرة ظاهرة وظهر
مافى ثمرة العام الخ

» قال المصنف رحمه الله وان باع أرضاً فيها
نبات غير الشجر الخ

٣٨٠ شرح ما قاله المصنف هنا شرحاً مفصلاً

٣٨٤ فرع بني الماوردي على الوجهين اللذين
ذكرهما ما إذا كان الزرع بذراً

٣٨٥ فرع باع الأرض وفيها البقول المذكورة
بعد جذها الخ

٣٨٥ فرع إذا كان في الأرض أشجار خلاف
يقطع من وجه الأرض الخ

٣٨٥ فرع إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهر الخ
٣٨٦ » من البقول ما يبقى أصله سنين وهو

الذي تجرى فيه الأحكام المتقدمة

٣٨٦ فرع ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا
يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة

٣٨٧ فرع الموز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت

٣٨٩ » لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم
» هذه الأحكام التي تقدمت كلها فيما إذا

أطلق البيع

٣٩٠ قال المصنف رحمه الله وفي بيع الأرض طريقان

٣٩٠ شرح هذا الفصل وبيان طرقه وبيان
أحكامه مفصلاً

٣٩٣ فرع لو اتلف الزرع قبل المدة الحاجة أو
جذ البائع الخ

٣٩٤ فرع قال الرافعي كل زرع لا يدخل في البيع
لا يدخل وان قال بعث الأرض بمقوقها

٣٩٤ فرع عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال
 ٣٩٤ » لو كان المشتري جاهلاً بالزرع الخ
 ٣٩٥ » في وجوب الأجرة على البائع في مدة
 بقاء لزرع في الأرض
 ٣٩٧ فرع تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في
 وجوب الأجرة في حالة الجهل
 » فرع ما تقدم من وجوب الابقاء إلى أوان الحصاد
 محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه
 » فرع يشترط في بيع الأرض للزراعة تقدم
 الرؤية على العقد
 ٣٩٨ فرع إذا اشترط دخول الزرع في البيع الخ
 » » إذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم
 يرها حين البيع الخ
 ٣٩٩ قال المصنف رحمه الله وإن باع أرضاً وفيها
 بذر لم يدخل البذر في البيع الخ
 ٣٩٩ شرح هذا الفصل شرحاً موجزاً
 ٤٠٠ قال المصنف رحمه الله إذا باع أصلاً وعليه ثمرة
 للبائع لم يكلف القطع الثمرة إلى أوان الجذاذ
 ٤٠١ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً
 ٤٠٢ فرع قال الماوردي أنه إنما يستحق الابقاء
 إذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير
 ٤٠٢ فرع قل الشافعي والأصحاب فإذا حصد الزرع
 ٤٠٣ » لو أصابت الثمار آفة وصارت بحيث لا تنمو
 فهل للبائع تبقيتها
 ٤٠٣ فرع لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي
 ٤٠٣ » ولا يستحق المشتري على البائع أجرة
 الأرض في مدة إقامة الزرع في الأرض
 ٤٠٣ فرع لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع
 ٤٠٤ قال المصنف رحمه الله فإن أصاب النخل
 عطش وخاف أن يشرب الثمرة الماء من

أصل النخل فيهلك ففيه قولان
 ٤٠٤ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً مطولاً
 ٤٠٨ فرع حيث جعلنا للبائع السقي قال الشافعي
 والأصحاب الخ
 ٤٠٨ فرع القولان اللذان أطلقهما المصنف هل
 محلها فيما إذا كان السقي متعذراً أو مطلقاً
 ٤٠٩ فرع ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء
 الذي جرت العادة أن يسقى منها تلك الأشجار
 ٤٠٩ فرع ما لا رجح من هذه الأوجه الخ
 ٤٠٩ قال المصنف رحمه الله لا يجوز بيع الثمار والزرع
 قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع الخ
 ٤١٠ شرح هذا الفصل شرحاً مطولاً مع تخريج
 أحاديثه وبيان أحكامه
 ٤١٣ فرع إذا باع شرط انقطع وجب الوفاء به
 ٤١٤ » قل في التهمة إنما يجوز البيع بشرط القطع
 إذا كان المنطوع منتفعاً به
 ٤١٤ فرع التسليم في ذلك يكون بالتخلية كما هو
 تسليم الثمار
 ٤١٥ فرع قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على
 شرط التبقية
 ٤١٨ فرع لو باع ثمرة لم يبدل صلاحها على شجرة مقلوعة
 ٤١٨ » إذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط
 التبقية وقطع منها شيئاً
 ٤١٨ فرع إذا اشترى بشرط القطع فلم يتفق حتى
 بدا الصلاح
 ٤٢٢ فرع هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز
 بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع
 لا خلاف في المذهب فيه
 ٤٢٦ فرع قول المصنف هنا إذا باع الزرع ممن
 يملك الأرض الخ

صحيحة
٤٢٧ فرع لو باع الزرع من مالك الأرض فانه يصح
» قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع
من بيع الثمار قبل بدو صلاح
فرع لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح
والبسرو بين ما يقطف كالخصرم والعنب
فرع الفجل المغروس في الأرض والسلجم
والجزر والسلق الخ
فرع قال القاضي حسين إذا باع أصل
السكرات مع السكرات صح العقد
فرع قال ابن الحداد باع نصف ثمرة على
رؤس النخل قبل زهو الثمرة فالبيع باطل
٤٣٠ فرع من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع
نصف النخل صح الخ
٤٣٢ فرع رأيت في المطارحات لابن القطان أنه
إن باع نصف الزرع مشاعا الخ
٤٣٣ قال المصنف رحمه الله وإن بدا صلاحها جاز
بيعها بشرط القطع
شرح هذا الفصل شرحا ممتعا
٤٣٦ فرع قال القاضي حسين بيع الزرع وحده
إن كان بذرا لم يصح على الصحيح
فرع قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره
٤٣٧ » السكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة
يظهر جواز بيعه
فرع البقل إذا بيع مع الأصول قال الغزالي
لا يشترط القطع
٤٣٨ فرع فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع
الأصول والزرع الخ
٤٣٩ فرع في مذاهب العلماء
قال المصنف رحمه الله وبدو الصلاح في
الثمار أن يطيب أكلها الخ

صحيحة
٤٣٩ شرح ما قاله المصنف هنا مع تخريج أحاديثه
وبيان القوى والضعيف منها
٤٤٥ فرع إذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان
فان بلغ نهايته جاز من غير شرط
٤٤٥ فرع قال الشافعي والأصحاب إذا بدا صلاح
ما خرج من القثاء والبطيخ
٤٤٦ فرع قال الشافعي ولا يجوز أن يستثنى من الثمرة مدأ
٤٤٧ » إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم
إلا ما يخص النائم منها الخ
٤٤٧ فرع قال اشترت منك هذا الثوب بهذه
الدراهم إلا خمسة دراهم لم يجز
٤٤٧ فرع قال بعثك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى
٤٤٧ » باع شاة واستثنى سواقطها قال في
الصرف لا يصح
٤٤٨ فرع باع قطنًا واستثنى حبه أو سمسمًا واستثنى كسبه
٤٤٨ » الزرع الذي يخلف كالقرط وما في
معناه من البقول يكون متزايداً أبداً
٤٤٩ فرع إذا اشترى الزرع الذي لا يخلف اما
بعد بدو الصلاح واما قبله شرط القطع
٤٤٩ قال المصنف رحمه الله فان وجد بدو الصلاح في
بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله
٤٥٠ شرح هذا الفصل وبيان مسائله وأحكامه
٤٥٦ فرع قل بعثك هذا بكذا فالظاهر أن الحكم كذلك
٤٦١ » إذا باع شيئاً من ثمرة البطيخ والقثاء وما
أشبه ذلك ففيه التفصيل
٤٦٢ فرع ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع
ما ظهر من الثمرة أو الورد
٤٦٢ فرع لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح في شيء
٤٦٣ » إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا
الصلاح في أحدهما الخ

صحيفة

- ٤٦٣ فرع قد تفهم من كلام الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح
- ٤٦٣ قال المصنف رحمه الله إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أن الحصاد
- ٤٦٤ شرح ما كتبه المصنف شرحاً طريفاً ممتعاً
- ٤٦٥ فرع إلى متى ينتهي الزمان الذي يجب فيه السقي
- ٤٦٦ « لو شرط السقي على المشتري بطل البيع
- ٤٦٦ فرع قال الشيخ أبو محمد في السلسلة إذا اشترى ثمرة على رأس الشجر النخ
- ٤٦٧ فرع قريب من هذا
- ٤٦٧ « باع الجمد في الجمد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوماً صح
- ٤٦٧ قال المصنف رحمه الله وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى النخ
- ٤٦٨ شرح هذا الفصل شرحاً مبسوطاً
- ٤٧٠ فرع لو ائثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح
- ٤٧١ فرع لو باع الحنطة منه مكيلة وسلمها إليها جزافاً ثم اختلطت بحنطة للبائع النخ
- ٤٧٢ فرع اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أولهما ثلاثة أوجه
- ٤٧٢ فرع قد تقدم حكاية الخلاف في التصحيح في هذه المسألة
- ٤٧٢ فرع قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع أن سمحت بحقك النخ
- ٤٧٣ فرع هذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتج إلى شرط القطع
- ٤٧٤ فرع فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف
- ٤٧٥ « قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد والعقد صحيح بحاله

صحيفة

- ٤٧٥ فرع لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك
- ٤٧٦ فرع قال القاضي حسين إن القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار النخ
- ٤٧٨ قال المصنف رحمه الله إن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذ حتى حدث حمل للمشتري
- ٤٧٩ شرح هذا الفصل وبيان أحكامه ومسائله
- ٤٨٤ فرع قال المتولي في هذه المسألة إن عدم الانفساخ هو الصحيح
- ٤٨٤ فرع إذا قلنا يفسخ العقد فلا تفريع عليه
- ٤٨٦ فرع كلام المصنف هنا مشير إلى أنه لا مزية في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري
- ٤٨٦ فرع أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد النخ
- ٤٨٩ فرع باع شجرة الباذنجان إن بلغ نهايته النخ
- ٤٩٢ فرع الزرع التي تحصد مرة واحدة إذا اشتراها بشرط القطع النخ
- ٤٩٣ فرع إذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولي وغيرهما أنه لا يجوز إلا بشرط القطع
- ٤٩٤ فرع قال الشافعي رضي الله عنه ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو يستخلف
- ٤٩٥ فرع في زيادات أبي عاصم العبادي النخ
- ٤٩٥ « ما لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع النخ
- ٤٩٥ قال المصنف رحمه الله وإن كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح النخ
- ٤٩٥ شرح هذا الفصل مع ضبط الفاظه وبيان أحكامه
- ٥٠٠ فرع إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره النخ

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز) ﴾

لرافعى والتلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ﴿

صفحة	صفحة
٢١٤ الركن الرابع صيغة الاعارة	٢ ﴿ كتاب الوكالة ﴾ وفيه ثلاثة أبواب
٢١٧ قال أما أحكامها فأربعة الأول الضمان	٤ الباب الأول فى أركانها وهي أربعة الأول
٢٢٣ « الحكم الثانى التساط على الانتفاع	مافيه التوكيل
٢٢٤ قال الحكم الثالث جواز الرجوع عن العارية	١٥ الركن الثانى الموكل وشروطه
٢٣٢ « الحكم الرابع فصل الخصومة	١٦ « الثالث الوكيل »
٢٣٩ ﴿ كتاب الغصب وفيه بابان الباب الأول	١٨ « الرابع الصيغة وشروطها
فى الضمان ﴾	٢٦ « الباب الثانى فى حكم الوكالة ﴾
٢٤٠ الباب الثانى فى الطوارئ وفيه ثلاثة فصول	٧٣ ﴿ « الثالث فى النزاع فى الوكالة وهو
الفصل الاول فى النقصان	فى ثلاثة مواضع ﴾
٣١١ « الثانى فى الزيادة	٨٩ ﴿ كتاب الاقرار ﴾ وفيه أربعة أبواب
٣٣١ « الثالث فى تصرفات العاصب	الأول فى أركانه
﴿ كتاب الشفعة وفيه ثلاثة أبواب ﴾	١١٧ الباب الثانى فى الأقاير الجملة
٣٦١ الباب الاول فى أركان الاستحقاق	١٦٤ « الثالث « تعقيب الاقرار بما يرفعه
٣٩٢ الركن الثانى الآخذ	١٨٦ الفصل الثانى فى ثبوت الميراث
٤٠٦ « الركن الثالث المأخوذ منه	٢٠٩ ﴿ كتاب العارية ﴾ والنظر فى أركانها وأحكامها
٤٤٢ الباب الثانى فى كيفية الآخذ	أما أركانها فأربعة الأول المعير والثانى المستعير
٤٩٠ « الثالث فيما يسقط به حق الشفعة	٢١١ الركن الثالث المستعار

﴿ تمت فهرست الشرح الكبير لرافعى والتلخيص الحبير للعسقلانى ﴾

بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادى عشر من تكملة المجموع (شرح المذهب)
للإمام السبكي رضى الله عنه

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
٨ ٤	نعيها	٧٤ ١	أحدها
١٣ ٨	الأول	٨٣ ٥	كذا بالأصل
١٦ ٦	التساوى	٨٥ ٥	كذا بالأصل
١٧ ١٣	ولا حرمها	٨٦ ٦	الا بالتخلية
١٨ ٨	نصفه	٩٠ ١٠	يجوز
٢١ ٥	الخرق	٩٩ ٢	أن يكونا
٢٥ ٧	أو أن	٩٩ ٩	الذى عتاب والسكر
٢٢ ١٨	غيرها	٩٩ ١٢	في جزمها
٢٤ ١٨	الظاهر	١٠٢ ٣	هذا لا التعليل
٢٥ ٥	المشهور و	١٠٤ ٦	لا من اذابه
٢٦ ٦	قال لم	١٠٤ ٤	وكان يغني العصر
٣٣ ١٦	جلة	١٠٦ ١٣	في القند
٣٤ ٢	الطريق	١٠٦ ٤	يعمل منه السكر
٤١ ٨	علي الأم	١٠٦ ٥	المأوذى
٤٣ ١١	إذا	١٠٦ ١٣	عند ذلك
٤٧ ٢	بالحنطة	١٠٧ ٣	اناليج
٤٨ ٦	هذه الكلمة زيادة	١٠٨ ٧	العزالي بينهما
٤٩ ٤	المروى	١١٠ ٨	الزكاء
٥١ ٢	بيع الرطب بالتمر	١١٢ ٦	وهو مذهب
٦٠ ١٥	فلا أنه	١١٢ ٧	والسويق والخبز
٦١ ٤	فان ثبت	١١٢ ٨	والخبز بالخبز
٦١ ٥	فان ما	١١٣ ٥	راهوية
٦٣ ١٢	لأصحابه	١١٥ ٨	فأشبهه الدراهم
٦٨ ٤	أن القفال	١١٧ ١	مشتقة
٧١ ٢	ولا يشتري	١١٧ ٣	ثم يخرج
٧٢ ٢	ان الغينا	١١٧ ٦	والقياس

صواب	صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ
اعتذارى	١١ ٢١٨	في البويطى	١١ ١١٨
الجاروس	٥ ٢٣٥	هو الذى	٣ ١٢٠
لتعلق	٣ ٢٤٦	أن السويق	٧ ١٢١
أجد	١ ٢٥١	خط في الخبز	٧ ١٢٢
والشجر	٥ ٢٥١	فيهما شىء لب	٣ ١٢٣
أمران	٥ ٢٥٥	فاماموازنة وفصل	٣ ١٢٢
بالقلع	٣ ٢٥٩	ابن حزم	٥ ١٣٥
يدخلان	١٠ ٢٦٣	لعصير العنب	٤ ١٣٧
التأيد	٤ ٢٧١	المعصور	
منهما	١٤ ٢٧١	ذلك لا يجوز	١ ١٤٤
صحح	٦ ٢٧٢	كذاباً بالأصل	٢ ١٥٣
بالاجارة	٣ ٢٩٠	نذراً	٧ ١٥٥
»	٣ ٢٩٠	جوازاً البيع	٥ ١٦٣
متميز	١٣ ٢٩٠	أو أجناساً	٦ ١٦٣
والقسم	٣ ٢٩١	لينا	٤ ١٦٥
بالأولى	٦ ٣٠٨	لم يتحرر	١٢ ١٦٦
بمبيع	١ ٣١٣	كذا بالأصل	٧ ١٦٧
ولا أرش	٧ ٣١٤	وغيره قال	١ ١٧٩
البقل	٦ ٣٣٠	لا أكل	٥ ١٨١
فقد أدى	٨ ٣٣٥	الذخائر	١ ١٨٣
تنبيهها	٢١ ٣٣٦	المروذى	١١ ١٨٣
إذا أنه	٤ ٣٤٣	في أنه	١٠ ١٩١
تشقق	١٥ ٣٥٤	بالمشاحة	٨ ١٩٣
بينها	١٩ ٣٦١	عن صحيفه	٥ ١٩٧
ما أطلع	١ ٣٦٤	عن سمرة صحيفه	٦ ١٩٧
القطعة	١٤ ٣٦٨	وكذلك	٦ ٢٠٠
متجهها	٢ ٣٧١	فتيا	١٠ ٢٠٣
وهذا وهم منه	١٣ ٣٧٥	وإن كان مخالفاً	٢ ٢٠٥
في جذها	٢١ ٣٨٢	إذا	٧ ٢٠٦

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
١٨ ٣٩١ المزوعة	للمزوعة	١ ٤٣٣ ويبيع	ويبيع
٦ ٣٩٣ لأولى	الأولى	٤ ٤٣٦ ما كالفستق	أما كالفستق
٧ ٣٩٣ هذن	هذان	١٤ ٤٤١ والأصفرا	والأصفرا
٢٠ ٣٩٤ وإن أقام	وإن أقر	٥ ٤٤٢ ما بدا صلاحه	ما بدو صلاحه
١٠ ٤٠١ أوردًا للبائع	أوردًا لأورد للبائع	١٢ ٤٥٢ صلح	صلاح
١٢ ٤٢٥ لم ينبه	لم ينبته	٩ ٤٧٣ الخربز	الخربز
٥ ٤٢٦ در المصنف	مع المصنف	١٢ ٤٨١ به وإن	أنه وإن
١٧ ٤٢٧ حلة	حالة	تم الخطأ والصواب من المجموع	

بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادي عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز)
للإمام الرافعي رضي الله عنه

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
١٤ ١ الاستفاء	الاستيفاء	٢١ ٩٩ أتنفذ	أنه تنفذ
١٧ ١٢ أن يوكل بيع	أن يوكل في بيع	٢١ » والثاني أنه وبه	والثاني وبه
٢٢ ١٢ الرقم	الرقم	٢٢ ١٠٢ طاهر	ظاهر
٩ ١٤ ولم يكتفى	ولم يكتف	١٩ ١٠٥ عبيد أن	عبدان
٢١ » ثم ينتظر	ثم ينظر	١٧ ١٠٧ متناقض	مناقض
٢٧ ١٦ (التعقيب) لا	أن يهب	١٤ ١٠٨ وحملوا على ما ذكره	وحملوا ما ذكره
١٩ ١٧ وههنا ثم	ههنا ثم	١٣ ١٠٩ في يد أن زيد	في يد زيد مرهون
٢٦ ٣٥ وإن المعنى الثاني	وبين المعنى الثاني	مر عند عمرو	عند عمرو
١٣ ٤١ ووجهان	وجهان	٢٤ ١١٠ بأن المشتري	بأن المشتري
١٧ ٤٢ الامؤول	مؤول	٢٥ » صادق	صادقا
٢٢ ٤٢ لاتسترد	لايسترد	٢٦ » في المسألة	في المسألة
١٨ ٤٤ الوكيل للأول	الوكيل الأول	١٠ ١١٢ لو استأخر	لو استأجر
٢٠ ٥٦ الصلح	في الصلح	١١ » وطؤها	وطؤها
٢٠ ٧٦ المال لنفسه	المال لنفسه	٢٣ ١١٣ في تأتي الحال	في تأتي الحال
٢٠ ٨١ للوكيل	للوكيل	١٠ ١١٤ النفي نعم	النفي نعم
٢٢ ٩٠ بكل ماتقرره	بكل ما يقر به	٢٦ » وبقي له	ونفي له

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
١٥٢ ٢٥ أنه حاجة	صواب أنه لا حاجة	١١٥ ١٥ أثالنا	صواب أنالنا
١٦٨ ٢٣ قوله في الصورة	صواب وكذا قوله في الصورة	١٩ ١٩ اشترى ملي	صواب اشترى ملي
١٦٩ ٢١ وقاللا قبلنا	صواب وقاللا قبلنا	١١٧ ١٩ سوابق	صواب سوابق
٢٥٢ ٢٠ لانه أثبت	صواب لانه أثبت	١١٧ ٢٣ غير	صواب غير
٢٥٨ ٢٦ هل الذمة	صواب أهل الذمة	١١٨ ١٧ لاتسع	صواب لاتسع
٢٦٦ ٢٥ والضمان يشبهه	صواب والضمان وما يشبهه	١١٩ ٢٢ فما	صواب فما
٥٠٠ ١٠ لم يئس	صواب لم يئس	١٢٤ ١٠ (أحدها)	صواب (أحدها)
٥٠٠ ١٢ باع	صواب باع	١٣٢ ٢٢ قراره	صواب قراره
٥٠٢ ٢٣ الدر	صواب الدر	١٣٤ ٢٦ واحد	صواب واحد
		١٤٤ ٢٠ لم فرق	صواب لم فرق
			صواب لا فرق

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادى عشر من التلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ﴾

صفحة سطر خطأ	صواب	صفحة سطر خطأ	صواب
٤ ٢٥ بالمحمد	صواب بالمحمد	٣٦٠ ٢٧ رسول	صواب رسول الله
٢١٠ ٢٤ فى الباب	صواب وفى الباب	٣٦٥ ٢٦ جابر وله	صواب جابر بهماوله
٢١٧ ٢٥ مخاف	صواب مخاف	٤٩٠ ٢٤ صمير	صواب لصغير
٢٤٠ ٢٨ أحمد	صواب أحمد	٤٩٠ ٢٥ اللبمانى	صواب البيلمانى
٣١٣ ١٦ رجلا فزرع	صواب رجلا أرضاً فزرع	٤٩٧ ٢٦ لايلي	صواب الايلي
			تم الخطأ والصواب من التلخيص الحبير

﴿ تم الجزء الحادى عشر ﴾